





J. P. Foran

COURS

DE

DROIT ROMAIN.

Bruxelles. — Typ Bruylant-Christophe & Ce, rue Blaes, 49.

COURS

DE

DROIT ROMAIN

PRÉCÉDÉ D'UNE INTRODUCTION

CONTENANT

L'HISTOIRE DE LA LÉGISLATION ET DES INSTITUTIONS POLITIQUES DE ROME

PAR

CHARLES MAYNZ

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

CINQUIÈME ÉDITION



TOME PREMIER

BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie
ÉMILE BRUYLANT, SUCCESSEUR
49, rue Blaes.

PARIS
A. DURAND & PEDONE-LAURIEL
G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR
13, rue Soufflot.

1891

Au Nestor du Barreau belge,

MONSIEUR FRANÇOIS-JULIEN DE BONNE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES,

MEMBRE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES,

ANCIEN MEMBRE DE LA CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS.

Témoignage de respect pour une noble carrière consacrée à la chose publique et de reconnaissance pour les utiles conseils et les encouragements affectueux que l'auteur a reçus de lui.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION.

Histoire des institutions politiques de Rome. — Sources du droit romain.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

Depuis la fondation de Rome jusqu'à la loi des Douze Tables (1-304 *de Rome*. — 753-450 *avant J. C.*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

Depuis la loi des Douze Tables jusqu'à la fin de la république (305-723 *de Rome.* — 449-31 *avant J. C.*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

TROISIÈME ÉPOQUE.

Depuis Auguste jusqu'à Dioclétien (723-1058 *de Rome.* — 31 *avant J. C.* - 305 *de l'ère chrétienne*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

QUATRIÈME ÉPOQUE.

Depuis Constantin jusqu'à la mort de Justinien (1059-1318 *de Rome*. — 306-565 *de l'ère chrétienne*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

LIVRE PREMIER.

Notions générales et préliminaires.

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

TITRE DEUXIÈME.

DES PERSONNES.

TITRE TROISIÈME.

DES CHOSES.

TITRE QUATRIÈME.

DES ACTES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

TITRE CINQUIÈME.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS. — DES ACTIONS.

LIVRE DEUXIÈME.

Des droits réels.

INTRODUCTION.

DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL ET DE LA POSSESSION.

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES.

TITRE TROISIÈME.

DE L'EMPHYTÉOSE.

TITRE QUATRIÈME.

DU DROIT DE SUPERFICIE.

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

EXPLICATIONS DES ABRÉVIATIONS ET SIGNES.

Arg. . . . . *Argumento*. Ce mot, suivi d'une citation, indique que la citation, sans prouver directement la proposition à laquelle elle se rapporte, peut cependant servir d'argument.

Auth. . . . . *Authentica*. *Voy*. page 371, note 29.

c. . . . . . . *Caput*, chapitre.

Cf. cf. . . . . *Confer*, comparez.

C. ou I. C. . . *Codex*, Code de Justinien.

C. Gr. ou Gr. C. Code de Grégorien.

C. H. ou H. C. . Code d'Hermogénien.

C. I. ou I. C. . Code de Justinien.

C. Th. ou Th. C. Code de Théodose II.

D. . . . . . . *Digesta*, Digeste ou Pandectes. } *Voyez* p. 18 sqq.

Fr. . . . . . . Fragments du Digeste.

I. . . . . . . Institutes de Justinien.

L. . . . . . . Lois des divers Codes.

Nov. . . . . Novelle.

Pr. pr. . . . *Principium*. *procemium*.

Tit. Titt. . . . *Titulus*. *Tituli*.

v. vv. . . . . *Verbo*, au mot. *Verbis*, aux mots. Exemple : « Festus, vv. *Publica sacra*. *Curia* », c'est-à-dire, « Festus, aux mots *Publica sacra* et *Curia*. »

* . . . . . . Ce signe, ajouté à un mot ou à une phrase, indique que la locution n'est pas romaine et doit son origine aux commentateurs modernes.

Quant aux signes de ponctuation employés dans les citations, le point (.) sert à séparer des chiffres appartenant à la même division, tandis que la virgule (,) indique que le chiffre suivant constitue une subdivision du chiffre qui précède. Ainsi :

Gaius, IV, 5. 7. . . . Gaius, livre IV, §§ 5 et 7.

Paul, I, 7, 3 . . . . Paul, livre I, titre 7, § 3.

Paul, II, 22. 23 . . . Paul, livre II, titres 22 et 23.

Paul, II, 22. 23, 5 . Paul, livre II, titre 22 et titre 23, § 5.

INTRODUCTION.

HISTOIRE DES INSTITUTIONS POLITIQUES DE ROME. SOURCES DU DROIT ROMAIN.

IDÉES GÉNÉRALES SUR L'ORIGINE DU DROIT.

On assigne d'ordinaire aux lois des différents peuples une origine bien précise. C'est Moïse qui donne des lois aux Hébreux; Minos, aux Crétois; Lycurgue, aux Spartiates; Romulus et Numa, aux Romains. Il faut se garder de prendre ces traditions à la lettre. Les lois et les institutions d'un peuple ne s'improvisent pas. Tout au plus est-il donné à un homme de génie de saisir, comme d'un coup d'œil, l'ensemble des rapports qui se trouvent établis entre les membres d'une agrégation d'êtres humains, de coordonner méthodiquement ces rapports, d'en prévoir et d'en régler le développement. Encore cette tâche, à la naissance d'un peuple, paraît-elle au-dessus des forces d'un homme. Aussi les anciens, quand ils n'attribuent pas aux lois une origine divine, prêtent-ils du moins aux législateurs l'assistance d'une divinité.

L'amour du merveilleux et le besoin de simplifier toutes les causes, deux faits qui dominent l'esprit humain à son enfance, et qui agissent longtemps encore sur le vulgaire, même alors que les sociétés sont plus avancées dans la recherche de leur origine, expliquent assez comment ces traditions s'admettent et se perpétuent. Ce qui pourrait nous étonner davantage, c'est que des hommes éminents en aient subi l'influence à tel point qu'ils se sont crus assez forts pour marcher sur la trace de ces héros fabuleux et donner à des peuples qu'ils connaissaient à peine des législations qui sortaient de leur tête tout armées comme la Minerve de Jupiter. Ainsi Locke se crut appelé à être le Lycurgue de la Caroline; Rousseau

rêva la réorganisation de la Corse et de la Pologne [1], et Bentham essaya de créer pour l'Espagne un nouveau droit politique.

Ce n'est que vers la fin du dix-huitième siècle que ces théories superficielles et fausses furent sérieusement combattues. C'est à l'école historique que l'on doit ce progrès. Les jurisconsultes et les historiens de cette école n'admettent comme source du droit ni des révélations spontanées du génie des législateurs, ni des idées universelles et communes au genre humain. Ils soutiennent que chaque peuple forme un ensemble organique, distinct de tous les autres par sa nature même. Le caractère individuel d'un peuple, disent-ils, se révèle particulièrement de trois manières : d'abord par la langue, l'élément le plus caractéristique de toute nation; ensuite, par les mœurs, c'est-à-dire les habitudes de la vie sociale; et enfin par l'application du génie national aux relations des individus entre eux, ce qui constitue insensiblement le droit de la nation. De même qu'il est impossible de créer artificiellement une langue nationale, des mœurs nationales, de même on ne peut improviser un droit national : la source du droit n'est pas la loi, mais le droit existe de lui-même dès qu'un peuple existe. C'est la manifestation immédiate du caractère propre de ce peuple.

C'est avec raison que l'école historique combat l'hypothèse d'après laquelle les mœurs et les idées d'un peuple seraient des institutions artificielles, des créations arbitraires. Mais en admettant une origine spontanée et, pour ainsi dire, instinctive, du droit, elle arrive en dernière analyse à nier l'humanité et à la remplacer par une foule d'êtres organiques distincts. Non, le droit n'est pas une création artificielle de tel ou tel homme de génie; mais il n'est pas non plus une manifestation presque matérielle et fatale du milieu spécial dans lequel vit et se meut telle ou telle portion de l'humanité qu'on appelle une nation. L'origine du droit est plus haut. C'est une idée générale et commune au genre humain, dont l'existence immédiate et éternelle résulte nécessairement de la nature libre de l'homme. Tout droit national n'est qu'une création postérieure, qu'une application de cette idée aux différentes relations qui se présentent dans la vie sociale. Cette application est plus ou moins heureuse, selon que la nation qui l'a faite a su maintenir l'idée originaire ou l'a laissée se modifier ou se dénaturer. Nous ne pouvons, à la vérité, montrer rigoureusement comment les diverses institutions de droits nationaux ont pu se former, parce que les renseignements historiques suffisants nous man-

[1] Cependant Rousseau, tout en sacrifiant aux anciennes traditions, comprenait fort bien que le droit d'un peuple doit être basé sur les mœurs, et il ne se faisait pas illusion sur les obstacles qui s'opposaient à l'exécution des projets dont l'avaient chargé quelques nobles corses et polonais. Pour s'en convaincre, il suffit de lire ses *Lettres à M. Butta-Foca* et les premières pages de ses *Considérations sur le gouvernement de la Pologne*, qui contiennent la protestation la plus éloquente contre la tendance aventureuse que nous avons signalée.

quent. Encore ne serait-il pas impossible, à l'aide du peu de renseignements que nous avons, de découvrir et d'expliquer l'origine de beaucoup de ces institutions. D'abord ce qui milite en faveur de notre système, c'est l'uniformité des idées de droit chez la plupart des peuples sauvages dont les mœurs sont simples et paisibles. Ce n'est que lorsque l'augmentation de la population ou des événements extérieurs rendent plus difficile l'application des idées générales, que le droit national prend un caractère particulier, exclusif. C'est ainsi que le droit des Romains, restreints d'abord à un petit territoire, entourés d'ennemis et condamnés à des guerres continuelles dans lesquelles il s'agissait de l'existence de la nation, et même de tous ses membres, a dû nécessairement à toutes ces circonstances réunies un caractère très-prononcé d'individualisme et d'exclusivité. Par contre, les Germains, peuple à moitié nomade ou chasseur, occupant de vastes étendues de terres, ont conservé longtemps un droit patriarcal et approchant du communisme [2]. Si nous trouvons chez eux une institution très-exclusive, le système féodal, cette aberration bizarre du droit germanique a une origine accidentelle bien précise : elle est due à la conquête et à l'oppression, fruit de la démoralisation qui a suivi la conquête. Et la propriété romaine ne devrait-elle pas aussi son origine à la conquête? A Rome, le javelot est le symbole de la propriété, et l'ancien terme dont on se sert pour la désigner, *mancipium*, signifie butin.

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans de plus grands détails; il nous suffit d'avoir fait entrevoir la possibilité que, nonobstant les idées communes au genre humain, des droits nationaux divers entre eux aient pu se former par suite de causes également diverses. Cela admis, il est évident que ces droits ont dû se former et se développer par la force des choses, sans qu'il fût besoin de l'intervention d'aucune autorité extérieure.

Mais plus le peuple et plus le droit s'étendent, moins ce développement naturel peut suffire. Les relations se compliquent, le nombre des citoyens s'accroît, l'expression du sentiment général s'affaiblit, ou du moins il ne peut plus s'appliquer instantanément et incessamment à tous les faits qui naissent. Alors il devient nécessaire de constater l'assentiment général et de le formuler en loi ; l'autorité sociale s'empare du droit, tantôt en suivant l'impulsion originaire, tantôt en cherchant à lui donner une autre direc-

[2] Cette tendance de l'ancien droit germanique est si prononcée, qu'il est difficile d'y découvrir dans l'origine le principe de la propriété individuelle. Nous verrons ci-après, quand nous nous occuperons de cette matière, que le territoire des Romains constituait aussi originairement une communauté, bien que la propriété individuelle s'y manifeste dès les premiers temps. Chez les peuples germaniques, le caractère originaire se maintient avec plus d'intensité jusque dans les coutumes du moyen âge. Il en est de même du droit slave, où les premières traces de la propriété individuelle territoriale ne remontent guère au delà du douzième siècle. *Voy.*, ci-après, § 91.

tion. Presque partout nous voyons qu'aussi longtemps que durent les grandes luttes de la civilisation, le droit national s'éloigne de plus en plus des idées générales, du droit naturel. Mais lorsque ces crises sont passées, lorsque les institutions positives ont atteint leur apogée, on sent le besoin de quitter la voie exclusive. C'est alors à l'autorité législative de bien guider l'esprit de la nation; c'est alors que la loi ne doit plus se borner à l'être l'expression des mœurs nationales, elle doit en même temps servir d'éducation au peuple.

Nous trouvons ces différentes phases dans l'histoire du droit romain, quoique à la vérité le dernier degré de son développement ne présente pas la solution heureuse qu'on aurait pu espérer. Le droit des Romains est aussi vieux que le peuple même. Il est vrai que presque tous les auteurs anciens le font dériver du pouvoir législatif des premiers rois; mais les contradictions et les invraisemblances qui se trouvent dans leurs récits sont si frappantes, que nous sommes forcés de les considérer comme appartenant à la mythologie des peuples. La science critique s'est occupée à y démêler le vrai. Le mérite des premières recherches en ce sens revient à de Beaufort, historien français qui vécut au commencement du dix-huitième siècle [3]. Vers la même époque, le jurisconsulte napolitain J.-B. Vico émettait des idées neuves et parfois heureuses sur l'organisation de Rome [4]. Enfin, de nos jours, Niebuhr opéra une révolution complète dans l'histoire romaine [5], et tout ce qui a été fait et découvert depuis n'est que la suite de l'impulsion donnée par lui.

Or, de toutes les recherches faites jusqu'aujourd'hui il résulte que l'origine du droit romain remonte aux premiers temps de l'État. Le droit, à cette époque, apparaît éminemment national et exclusif. Peut-être y en eut-il même deux : l'un pour le peuple vainqueur, les patriciens; l'autre

[3] DE BEAUFORT, *Sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine*. Première édition, sans nom d'auteur, 1738; nouvelle édition, 1750, 2 vol. — LE MÊME. *La République romaine ou plan général de l'ancien gouvernement de Rome*. La Haye, 1766, 2 vol. Paris, 1767, 6 vol. — Au reste, déjà avant de Beaufort, quelques auteurs avaient révoqué en doute certaines parties de l'histoire romaine, entre autres PERIZONIUS dans ses *Animadversiones historicæ*. Amsterdam, 1685.

[4] J.-B. VICI *De universi juris uno principio et fine uno*. Naples, 1720. – *Liber alter qui est de constantia jurisprudentiæ*. Naples, 1721. – *Notæ in duos libros, alterum, etc*. Naples, 1722.— LE MÊME, *Cinque libri de' principj d' una Scienza nuova d' intorno alla comune natura delle nazioni*. Naples, 1725, 1732, 1745. Milan, 1801. Une traduction française de ce dernier ouvrage a été publiée par MICHELET, sous le titre : *Principes de la philosophie de l'histoire, traduits de la* Scienza nuova *de J.-B. Vico, et précédés d'un discours sur le système et la vie de l'auteur*. Paris, 1828.

[5] B.-G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*. 3 tomes. Le tome premier parut en 1811, la quatrième édition en fut publiée en 1833 à Berlin; le tome II, paru en 1812, eut une troisième édition en 1836; le tome III a été publié après la mort de l'auteur, en 1832. — Une traduction française de cet ouvrage a été faite par DE GOLBÉRY. Paris et Strasbourg, 1829. 6 tomes.

pour le peuple vaincu, les plébéiens. Quoi qu'il en soit, ces deux éléments se confondirent, et la loi des Douze Tables, en modifiant et fixant le droit traditionnel, acheva presque entièrement leur fusion en un seul et même droit national, *jus civile Romanorum* ou *Quiritium*.

Dès ce moment, l'influence de l'autorité législative devint plus forte. Mais ce furent les magistrats chargés de l'administration de la justice qui contribuèrent le plus à développer le droit existant. Les Préteurs, suivant pas à pas le mouvement progressif des idées et de l'opinion publique, modifièrent peu à peu le *jus civile* et le ramenèrent à des idées moins exclusives, ou, comme les Romains disent, au *jus gentium*, c'est-à-dire au droit que les simples lumières de la raison ont fait établir chez tous les hommes, et qui est également observé chez tous les peuples.

L'œuvre des Préteurs fut continuée et complétée par la science des jurisconsultes, qui parvint à son apogée dans les deux premiers siècles de l'ère chrétienne. Les Empereurs, devenus dépositaires du pouvoir législatif, suivirent plus ou moins heureusement l'impulsion donnée; et à l'époque où ce mouvement s'arrête, nous trouvons la plupart des institutions du droit privé arrivées à un tel degré de développement, qu'elles ont servi de modèle à presque toutes les législations des temps modernes, et qu'aujourd'hui encore le droit romain, par application à ces législations, conserve l'autorité de raison écrite.

MONUMENTS ET OUVRAGES DE L'ANTIQUITÉ SERVANT A L'ÉTUDE DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

INSCRIPTIONS, DOCUMENTS AUTHENTIQUES, MONNAIES.

Les sources les plus pures auxquelles nous puissions recourir pour suivre l'étude du droit romain dans son origine et dans son développement historique, sont évidemment les monuments et les documents authentiques de l'antiquité qui sont parvenus jusqu'à nous :

La catégorie la plus importante de ces sources authentiques se compose des inscriptions gravées sur le marbre ou le bronze, qui nous fournissent des renseignements variés et intéressants sur la vie sociale des anciens [1]. Les inscriptions qui attirent le plus notre attention sont natu-

[1] Deux recueils très-complets d'inscriptions anciennes se publient sous les auspices de l'Académie des sciences de Berlin, le premier avec le titre *Corpus inscriptionum græcarum*, depuis 1825, sous la direction de M. A. Boeckh; le second avec le titre *Corpus inscriptionum latinarum*, depuis 1828, d'abord sous la direction de M. Th. Mommsen, à partir du tome II sous celle de MM Hubner

rellement celles qui nous ont conservé des lois et d'autres actes officiels émanés des autorités publiques, ou bien des actes privés ayant un caractère juridique [2].

Dans la première catégorie nous remarquons :

1° Une table de bronze, contenant d'un côté une loi agraire, peut-être la loi *Thoria* de l'an 643 de Rome [3], et de l'autre côté une loi *de repetundis*, que l'on croit être la loi *Servilia Glauciæ* de la moitié du septième siècle, ou plutôt la loi *Acilia* d'une date un peu plus reculée [4]. Voir ci-après, nos 85. 92. 93.

2° Une table de bronze, découverte en 1793 près de Banzi dans la Basilicate et que l'on appelle pour ce motif *tabula Bantina*, contenant, d'un côté, des fragments d'une inscription en langue osque qui paraissent appartenir à la loi municipale de Bantia et, de l'autre côté, quelques chapitres d'une loi *de repetundis* [5].

3° Un fragment d'une table de bronze, conservée à Florence, contient une trentaine de lignes mutilées et incompréhensibles qui paraissent faire partie de l'une des lois que Pompée fit rendre lors des poursuites contre Milon [6], et un fragment absolument insignifiant d'une plaque de bronze, trouvée à Chiusi, l'ancien Clusium, en Etrurie [7].

4° Une table de bronze, trouvée à Rome au seizième siècle, contient un fragment d'une loi, probablement *Cornelia Sullæ* [8], ayant pour objet de

et ZANGEMEISTER. Parmi les recueils antérieurs, nous signalons ceux de GRUTERUS, REINESIUS, FABRETTI, MURATORI, MARINI, et surtout l'excellent travail d'ORELLI, *Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio*. Zürich, 1828. Deux tomes in-octavo; plus, un tome troisième, publié par M. HENZEN. Zürich, 1856.

[2] Plusieurs de ces inscriptions sont reproduites dans divers ouvrages juridiques, parmi lesquels nous signalons : TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine*. Paris, 1750; BLONDEAU et BONJEAN, *Institutes de l'empereur Justinien, suivies d'un choix de textes juridiques*. Tome II. Paris, 1839, et surtout le précieux recueil de M. GUSTAV HAENEL, *Corpus legum ab imperatoribus romanis latarum*. Leipzig, 1857, qui contient toutes les inscriptions de l'époque impériale (cf. ci-après, n° 142). — Une collection assez complète a été faite par HAUBOLD et publiée par SPANGENBERG, sous le titre : *Antiquitatis romanæ monumenta legalia extra libros juris romani sparsa*. Berlin, 1830. Enfin, de nos jours, ont paru deux recueils plus complets : C.-J. BRUNS, *Fontes juris romani antiqui*. Tubingue, 1860, 1871, et CAR. GIRAUD, *Novum Enchiridion juris romani* (p. 577-674). Paris, 1873.

[3] *Corpus inscriptionum latinarum*, I, p. 75. – Haubold, p. 10. – Bruns, p. 54. – Giraud, p. 577.

[4] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 49. – Haubold, p. 22. – Bruns, p. 40. – Giraud, p. 596.

[5] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 45. – Haubold, p. 74. – Bruns, p. 38. – Giraud, p. 607.—M. Mommsen pense que le texte osque est tout simplement la traduction du texte latin, lequel, d'après lui, serait une loi ou un traité accordant à la ville de Bantia réparation de certaines atteintes que l'exécution des lois agraires des Gracques aurait portées à un traité antérieur.

[6] Combinez les lignes 4, 14 et 15 de l'inscription avec ASCONIUS, *Argumentum in Milonianam*, p. 40, Orelli.

[7] Ces deux fragments se trouvent chez Bruns, p. 71 sq.

[8] Cela semble résulter de l'intitulé du fragment : VIII DE XX QUÆSTORIBUS, combiné avec TACITE, *Annales*, XI, 22 : « Lege Sullæ viginti (quæstores) creati supplendo senatui, cui judicia tradiderat. »

régler le service des employés subalternes, attachés aux magistrats romains et désignés par les noms de *scribæ, viatores, præcones* et que, pour cette raison, on appelle habituellement *lex de scribis, viatoribus et præconibus* [9].

5° Une table de bronze, contenant le plébiscite par lequel les droits de cité libre furent accordés à la ville de Thermessus en Pisidie vers 681 de Rome [10], et qu'on appelle habituellement *lex* (*Antonia* ou *Fundania*) ou bien *plebiscitum de Termessibus* ou *de Thermensibus* [11].

6° Une table de bronze à deux colonnes, découverte à Macinezzo sous les ruines de Veleja, dans l'ancien duché de Plaisance, contient quelques chapitres très-importants d'une loi qui remonte aux premières années du huitième siècle de Rome et qui se rapporte à l'administration de la justice dans la Gaule cisalpine [12]. On a l'habitude de l'appeler *lex* (*Rubria*) *de Gallia cisalpina* [13].

7° Deux fragments d'une table de bronze, trouvés en 1732 à Héraclée, près de Tarente, d'où le nom usité de *tabula Heracleensis* [14]. L'un des fragments fut vendu en Angleterre : de là *æs britannicum*; l'autre, qui en forme la suite, resta à Naples : de là *æs neapolitanum*. Actuellement tous deux se trouvent dans cette dernière ville. Le plébiscite qui y est gravé donne des détails précieux sur l'organisation municipale des villes d'Italie. D'après une hypothèse savamment développée par M. de Savigny, ce serait le fragment d'une loi de Jules César, portée vers 709 de Rome et ayant pour but de soumettre les municipes d'Italie à un régime uniforme, *lex Julia municipalis* [15].

8° Deux tables de bronze (dont l'une brisée en deux morceaux), trouvées en 1871 près de la ville d'Osuna en Andalousie, contiennent des fragments considérables du règlement colonial (*lex coloniæ*), donné par Jules César à la colonie de citoyens romains qu'il établit peu de temps avant sa mort sous le nom de *colonia Genetiva Julia* [16].

[9] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 108. — Haubold, p. 85. — Bruns, p. 68. — Giraud, p. 611. — Terrasson, Appendice, nos 5 et 6.

[10] Voy., ci-après, no 103.

[11] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 114. — Haubold, p. 134. — Bruns, p. 124. — Giraud, p. 609. — Terrasson, Appendice, no 23.

[12] Voy., ci-après, no 107.

[13] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 115. — Haubold, p. 144. — Blondeau, p. 77. — Bruns, p. 72. — Giraud, p. 613. — Le chapitre xx de la loi porte deux fois les mots suivants : QUOD EJUS IS II VIR IV VIR PRÆFECTUSVE EX LEGE RUBRIA, SIVE ID PLEBISCITUM EST, DECREVERIT; d'où PUCHTA a conclu que la loi portait le nom de LEX RUBRIA.

[14] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 119. — Haubold, p. 98. — Blondeau, p. 81. — Bruns, p. 76. — Giraud, p. 616.

[15] Voy., ci-après, nos 72. 107, et DE SAVIGNY, dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. IX, no 11, pages 300-378.

[16] Le texte de ces inscriptions a été publié d'abord par M. BERLANGA, *Los bronces de Osuna*, Malaga, 1873, avec un supplément, 1874; ensuite, par M. TH. MOMMSEN, dans son *Ephemeris*

9° Une table de bronze, trouvée au Capitole de Rome, contient les derniers chapitres de la loi par laquelle le pouvoir impérial fut déféré à Vespasien, *lex de imperio Vespasiani* [17].

10° Deux tables de bronze, découvertes en 1851 à Malaga, contiennent des fragments très-étendus du règlement municipal, accordé par l'empereur Domitien à la cité fédérée de Malaca et à la ville de Salpensa, faisant partie l'une et l'autre de la province d'Espagne appelée la Bétique, *leges* ou *tabulæ Malacitana et Salpensana* [18].

11° Une table de bronze, trouvée dans le Tibre près de Todi, l'ancien Tuder (de là *fragmentum Tudertinum*), contenant la fin d'une loi de date et de nom inconnus, mais qui paraît avoir eu pour but l'organisation d'une colonie [19].

12° Une table de bronze, trouvée dans la Calabre, contient un sénatus-consulte *de Bacchanalibus* de l'an 568 de Rome, avec la lettre d'envoi par laquelle les consuls notifient le décret aux magistrats d'une ville [20].

13° Une table de marbre, découverte en 1868, nous a conservé la traduction grecque d'un sénatus consulte rendu en 584 à la suite de certaines réclamations d'habitants de la ville de Thisbé en Béotie [21].

14° Une table de bronze, contenant une lettre par laquelle le préteur L. Cornelius notifie aux habitants de Tibur le décret du sénat, qui, vers 664, leur accorde pardon pour la conduite qu'ils avaient tenue pendant la guerre sociale [22].

15° Une table de bronze, trouvée au seizième siècle, contient un sénatus-consulte de l'an 675, accordant à trois capitaines de navire grecs certains priviléges pour les récompenser des services qu'ils avaient rendus à la république pendant la guerre sociale [23].

epigraphica, II, 105-151, 221-252; enfin, tout récemment, par MM. Giraud, Paris, 1874, et Bruns, dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XII, livraison 1.

[17] Orelli, *Inscr.*, n° 567. – Haubold, p. 221. – Bruns, p. 92. – Giraud, p. 627. – Haenel, *Corpus legum*, p. 57. — Cf., ci-après, n° 145.

[18] *Corpus inscr. lat.*, II, p. 253. – Bruns, p. 94. – Giraud, p. 628. – Haenel, *Corpus legum*, p. 63. — Cf., ci-après, n° 171.

[19] Bruns, p. 90. Il se pourrait aussi que ce fût un règlement fait par des commissaires, chargés de l'établissement et de l'organisation d'une colonie (ci-après, n° 104), ou même tout simplement un règlement communal. Le même doute existe à l'égard de deux autres fragments de plaques de bronze, extrêmement mutilés, qui se trouvent à Milan et à Florence, et qui sont reproduits dans le *Corpus inscr. lat.*, I, p. 556, et par M. Bruns, p. 91.

[20] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 43. – Haubold, p. 5. – Bruns, p. 105. – Giraud, p. 639. – Terrasson, Appendice, n° 1.

[21] Le texte de ce sénatus consulte, avec un commentaire de M. P. Foucart, se trouve dans les *Archives des missions scientifiques et littéraires*. IIe série. Tome VII, p. 321. Paris, 1872.

[22] *Corpus inscr. lat.*, I, p. 107. – Terrasson, Appendice, n° 2.

[23] Ce *senatusconsultum de Asclepiade, Polystrato et Menisco*, comme on a l'habitude de l'appeler d'après les noms des trois *ναύαρχοι*, se trouve dans le *Corpus inscr. lat.*, I, p. 110. – Haubold, p. 90. – Bruns, p. 120.

16° Une table de marbre, sur laquelle se trouve gravée une délibération d'un *collegium funeratitium* de Lanuvium (ci-après, note 49), contient un chapitre d'un sénatus-consulte *de collegiis* [24].

17° Une table de bronze, découverte dans les ruines d'Herculanum, donne le texte de deux sénatus-consultes dont l'un, de l'an 48 de l'ère chrétienne, défend d'acheter des maisons en vue de les démolir, et dont l'autre, plus récent, de l'an 56, dispense, pour un cas particulier, de cette défense [25].

18° Une table de bronze, trouvée au seizième siècle près de Gênes, contient un décret de 637 rendu par les frères Q. et M. Minucius, à ce commis par le sénat [26], pour décider une contestation existant entre la ville de Gênes et quelques communes voisines sur les limites de leurs territoires respectifs, *sententia Minuciorum* [27].

19° Une plaque de bronze, trouvée près de Cadix, contient un décret de 564, par lequel L. Æmilius Paulus, préteur de l'Espagne ultérieure, déclare les habitants de la *Turris Lascutana* libres vis-à-vis de la colonie de *Hasta* [28].

20° Une inscription sur pierre nous a conservé un édit de l'empereur Auguste concernant l'aqueduc de la ville de Venafrum dans l'ancien Samnium, *edictum Venafranum* [29].

21° Une table de bronze, trouvée en 1869 dans le village de Cles, près de Trente, contient un édit de l'an 46 de l'ère chrétienne, par lequel l'empereur Claude reconnaît ou attribue le droit de cité romaine aux habitants de trois villes des environs de Trente [30]. On appelle habituellement cette inscription : la Table de Cles ou *Edictum Claudii de civitate Anaunorum* [31].

22° Une table de bronze, portant un décret de l'empereur Domitien, de l'an 82 de l'ère chrétienne, qui statue sur des contestations agraires entre les villes de Falérics et de Firmium [32].

24 Orelli, *Inscr.*, n° 6086. – Bruns, p. 108. 165. – Giraud, p. 665, lin. 15 sqq.

25 Haubold, p. 195. – Bruns, p. 109. – Giraud, p. 641. – Haenel, *Corpus legum*, p. 55. – Terrasson, Appendice, n°s 27 et 28. — On a l'habitude de donner à ces deux sénatus-consultes les noms de *Hosidianum* et *Volusianum*, par la raison que le premier a été rendu l'an 48 de l'ère chrétienne, *Cn. Hosidio Geta et L. Vagellio Consulibus*, et le second, en 56, *A. Volusio et P. Cornelio Coss.*

26 C'est pourquoi l'on donne aussi parfois à ce document le nom de *SC. de Genuatibus*.

27 *Corpus inscr. lat.*, I, p. 72. – Bruns, p. 170. – Terrasson, Appendice, n° 76.

28 *Corpus inscr. lat.*, II, p. 699. – Bruns, p. 119.

29 Cette inscription, découverte par M. Mommsen et publiée par lui en 1846, se trouve chez Orelli, *Inscr.*, n° 6428. – Bruns, p. 110. — Giraud, p. 645. – Haenel, *Corpus legum*, p. 267.

30 Bruns, p. 126. – Giraud, p. 644.

31 Les *Anauni* sont les habitants de l'une des trois villes gratifiées; ceux des deux autres s'appellent *Tulliasses* et *Sinduni*.

32 Bruns, p. 175.–Haubold, p. 250.–Orelli, *Inscr.*, n° 5118.–Gruterus, *Inscr.*, p. 1081. n° 2.

23° Une table de marbre, portant une épître par laquelle l'empereur Commode reconnaît le droit de cité aux habitants de Tyra, ville située à l'embouchure du fleuve Tyras (aujourd'hui Dniester) dans la mer Noire, *epistola Commodi ad Tyranos* [33].

24° Une inscription lapidaire, qui existe en six exemplaires, nous a conservé un édit de Dioclétien et de ses collègues de l'an 303, fixant le prix maximum de certaines denrées et le taux des salaires, *edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium* [34].

25° Une table ancienne, aujourd'hui perdue, mais dont l'inscription a été conservée, contenait un édit de l'empereur Constantin sur les accusations publiques, de l'an 314 de l'ère chrétienne [35].

26° Une inscription lapidaire, trouvée dans l'île d'Amorgos, porte un édit de l'empereur Julien sur les *judices pedanei*, de l'an 362 de l'ère chrétienne [36].

27° Deux inscriptions grecques gravées sur les murs d'un temple dans la grande Oasis d'Égypte retracent deux édits de préfets d'Égypte, concernant l'administration de la province et ayant pour but de protéger les habitants contre les exactions des fonctionnaires et des soldats. L'un de ces édits, de l'an 49 de l'ère chrétienne, est de Cn. Vergilius Capito; l'autre, de l'an 68, émane de Ti. Julius Alexander [37].

28° Deux édits de L. Turcius Apronianus et de Claudius Julius Eclesius, de l'an 329 de l'ère chrétienne, contenant des dispositions relatives au débit de la viande et en faveur des marchands de viande de porc, *suarii* [38].

29° Une table de bronze, découverte dans l'île de Sardaigne, porte un décret de 68 de l'ère chrétienne, par lequel le proconsul L. Helvius Agrippa statue sur une contestation agraire entre deux villes de la Sardaigne [39].

[33] Bruns, p. 127. – Orelli, *Inscr.*, n° 6429.

[34] Haubold, p. 268, et Appendice, p. 1-23. – Haenel, *Corpus legum*, p. 175.

[35] Haubold, p. 288. – Haenel, *Corpus legum*, p. 190. Cet édit est reproduit avec des omissions et des altérations notables dans les L. 1, Th. C., *ad legem Juliam majestatis* 9, 5 et L. 5 J. C., *eodem*, 9, 8.

[36] Haenel, *Corpus legum*, p. 112. Une partie de cette constitution est reproduite dans les L. 8, Th. C., *de officio rectoris provinciæ* 1, 16 et L. 5, J. C., *de pedaneis judicibus* 3, 3.

[37] Ces deux inscriptions ont été d'abord publiées par le voyageur français qui les avait découvertes en 1818: M. Ferd. Caillaud, *Voyage à l'Oasis de Thèbes, rédigé et publié par* M. Jomard. Paris, 1822; ensuite, avec une traduction, par M. Letronne, dans le *Journal des savants*, novembre 1822, et dans l'ouvrage qui a paru sous le titre : *Recherches pour servir à l'histoire de l'Égypte*. Paris, 1823. Elles se trouvent également dans le *Corpus inscriptionum græcarum*, III, p. 445; chez Haenel, *Corpus legum*, p. 265, et chez Haubold, p. 199, qui a suivi le texte et le commentaire publiés par Rudorff, *Rheinisches Museum für Philologie*, IIme année, p. 64-84, et p. 133-190. — M. Bruns, p. 115, donne deux chapitres de l'édit de Ti. Julius Alexander.

[38] Haubold, p. 291. – Blondeau, p. 102.

[39] Bruns, p. 172.

30° Deux tables de marbre trouvées à Rome nous ont conservé une sentence par laquelle Faltonius Restitutianus, *præfectus vigilum* sous Gordien, mit fin à un procès existant entre une corporation de foulons à Rome et un adversaire inconnu, probablement le fisc, *lis fullonum* [40].

31° Diverses inscriptions contenant des décrets émanés de conseils municipaux et provinciaux [41].

32° Enfin, il nous faut mentionner les inscriptions contenant des ordonnances impériales qui accordent divers priviléges [42] à des vétérans, le plus souvent à l'occasion de leur congé, *honesta missio*. Ces ordonnances collectives étaient gravées sur des tables de bronze que l'on gardait au Capitole. Aucune de ces tables ne nous a été conservée ; mais nous avons un assez grand nombre (plus de cinquante) d'extraits des ordonnances délivrées à l'un ou à plusieurs des soldats favorisés, sur des tablettes de bronze se repliant en diptyque, *diplomata* [43].

Pour passer à la seconde catégorie, la transition nous est fournie par quelques inscriptions relatant des actes qui, tout en émanant d'autorités publiques ou de corporations reconnues, ne se rapportent cependant qu'à des intérêts privés. Telles sont :

a. Une table de marbre, trouvée à Pouzzoles près de Naples, et contenant le cahier de charges d'une entreprise de constructions pour le compte de cette ville, *lex parieti faciendo Puteolana* [44].

b. Diverses inscriptions portant dédication de temples par des magistrats municipaux [45].

c. Une table de bronze, trouvée en 1747 à Macinezzo dans l'ancien duché de Plaisance et portant constitution d'hypothèques, *obligatio prædiorum*, sur un grand nombre de fonds de terre situés à Veleja, pour sûreté d'une rente fondée par Trajan en faveur d'un nombre déterminé d'orphe-

[40] Bruns, p. 174. – Giraud, p. 666. – Terrasson, Appendice, n° 71.

[41] Nous empruntons à RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, t. I, § 68 *in fine*, p. 231, la nomenclature suivante : *A*) Décrets des conseils municipaux de Gabii, de Tergeste, de Cumes, de Peltuinum. Haubold, n°s 57. 59. 66. – Orelli, *Inscr.*, n°s 775. 1368. 2263. 4040. 7168. – Haenel, *Corpus legum*, p. 270. – Terrasson, Appendice, n° 60. — *B*) Décrets des habitants de la province d'Asie en l'honneur du proconsul Paulus Fabius Maximus, consul en 743 (*Corpus inscr. græcarum*, 7902, *b*); de la colonie d'Antiochia Cæsarea, en Pisidie, sous Marc-Aurèle et Verus (*ibidem*, 2811, *b*); de la ville de Milète, en commémoration de l'adoption de Septime Sévère (*ibidem*, 2878. Cf. 1756).

[42] Particulièrement le droit de cité (*diplomata civitatis*, SUÉTONE, *Néron*, 12), la faculté de contracter mariage et d'acquérir la puissance paternelle en dehors des dispositions du droit commun. Cf., ci-après, n° 76, et t. III, § 303, note 5.

[43] Les deux mots δίπλωμα (de διπλόος, διπλόω) et δίπτυχος (de δὶς et πτύσσω, plier), sont synonymes. — Seize de ces diplômes se trouvent dans SPANGENBERG, *Juris romani tabulæ*, n° 69. M. Bruns, p. 128 sq. en donne deux, dont l'un se trouve également chez M. Giraud, p. 669.

[44] *Corpus inscr. lat.*, I, 163. – Haubold, p. 70. – Bruns, p. 139.

[45] Haubold, p. 141. – Bruns, p. 91, *c*. – Orelli, *Inscr.*, n°s 2488. 2490. 4374. 4386 sq. 4406. 4417. 4421. 4428.

lins de cette ville [46]. C'est par ce motif qu'on appelle souvent cette inscription, qui date de 103 de l'ère chrétienne, *tabula alimentaria Trajani*. La même table contient une *obligatio prædiorum* de même nature, reçue deux ans avant la précédente par Cornelius Gallicanus, *præfectus alimentorum* sous Trajan [47]. — Une inscription analogue, se rapportant à un établissement d'orphelins, fondé par Trajan en faveur des *Liguri Baebiani* (de là *tabula Baebianorum*), a été trouvée en 1838 dans le bourg de Campolattari près de Bénévent [48].

d. Diverses inscriptions, relatant des statuts et des délibérations de corporations autorisées [49], des traités et octrois d'hospitalité, etc. [50].

Parmi les documents purement privés, il nous a été conservé, par des inscriptions sur bronze ou sur pierre d'abord plusieurs fragments de testaments, dont l'un fort étendu d'un certain Dasumius, de l'an 109 de l'ère chrétienne [51]; ensuite des actes de mancipation [52], de constitution et reconnaissance de servitudes et de superficie [53]. Des inscriptions pariétaires, découvertes à Pompéi, constatent l'existence de servitudes, annoncent des maisons à louer, promettent des récompenses pour la restitution d'objets perdus, etc. [54]. Enfin, bien que dans la langue technique on ne leur applique pas le nom d'inscription, nous devons mentionner, à cause du caractère d'authenticité qu'elles présentent, les tablettes de bois, habituellement triptyques, enduites de cire [55], et les feuilles de papyrus et de parchemin qui nous ont conservé un grand nombre de documents intéressants, notamment des procès-verbaux de corporations, des actes de vente, de société, de prêt d'argent, des procès-verbaux d'ouverture de testaments, etc. [56].

Outre ces inscriptions que nous venons de signaler comme ayant un

[46] Voy., sur ces établissements de bienfaisance, ci-après, § 25.

[47] Les deux inscriptions sont reproduites en entier dans le *Corpus inscr. lat.*, II, p. 157. Terrasson, Appendice, nº 38. — Spangenberg, *Juris romani tabulæ negotiorum solemnium*, p. 307 sqq. — Haenel, *Corpus legum*, p. 69 et 72 sqq. — MM. Bruns, p. 144 sqq., et Giraud, p. 655 sq., en donnent des extraits. Nous en donnerons également ci-après, § 25 et § 155, note 18.

[48] Orelli, *Inscr.*, t. III, nº 6664. — Haenel, *Corpus legum*, p. 70. — MM. Bruns et Giraud, *l. l.*, en donnent un extrait.

[49] Bruns, p. 164. — Giraud, p. 662.

[50] Bruns, p. 165.

[51] Bruns, p. 147. — Giraud, p. 657. — D'autres fragments de testaments chez Spangenberg, *Juris romani tabulæ negotiorum solemnium*, p. 1 sqq.

[52] Bruns, p. 151 sqq. p. 142 sq. — Giraud, p. 649 sqq. p. 655. — Spangenberg, *l. l.*, p. 155 sqq. — Cf. ci-après, §§ 97. 155, note 5, et t. II, §§ 211. 232.

[53] Bruns, p. 141 sqq. — Giraud, p. 656 sq.

[54] Bruns, p. 138, III, 1; p. 140-141.

[55] C'est surtout dans la Transylvanie qu'on a trouvé, depuis 1786, un grand nombre de ces *tabulæ ceratæ*.

[56] Bruns, p. 135, II; p. 137 sq.; p. 140, V; p. 155, nº 5. — Giraud, p. 649. 652 sq. 661 sq. — Cf. ci-après, t. II, §§ 207. 224. 232 et t. III, § 394.

rapport direct avec l'histoire du droit romain, l'antiquité nous a laissé un grand nombre d'autres monuments qui contiennent des indications utiles pour notre matière. Parmi ceux qui nous fournissent des données pour l'histoire politique de Rome, nous remarquons particulièrement la table de marbre, trouvée près d'Angora dans l'Asie Mineure et connue sous le nom de *monumentum Ancyranum* [57]; les deux tables de bronze qui nous ont conservé le discours prononcé par l'empereur Claude à l'occasion de l'octroi du droit de cité qu'il fit aux habitants de la ville de Lyon [58]; les bronzes et marbres qui contiennent des tableaux chronologiques, *fasti* [59]. D'autres inscriptions donnent des renseignements intéressants sur la vie sociale des Romains (pierres sépulcrales, éloges funèbres [60]), sur l'administration de l'empire, sur l'organisation des communes et des corporations et associations aux diverses époques de l'histoire romaine, etc. [61].

Les monnaies et les médailles fournissent aussi à la science des indications souvent importantes pour l'histoire du droit public de Rome, surtout en ce qui concerne l'époque impériale [62].

[57] L'empereur Auguste avait ajouté à son testament trois annexes (d'après Zonaras encore une quatrième, contenant *mandata ad Tiberium et populum*). La première de ces trois annexes renfermait des instructions concernant ses funérailles; la troisième, un inventaire des forces de l'empire, *breviarium totius imperii;* la seconde, un aperçu des actes de son règne, *index rerum a se gestarum.* Ce dernier document devait être gravé sur bronze et placé devant son mausolée. Suétone, *Octave,* 101. Il nous a été conservé par deux inscriptions : la première, très-incomplète, à Apollonia, en Pisidie; la seconde, à Ancyra (Angora), en Bithynie. Celle-ci, assez étendue, se trouve en latin dans l'intérieur du vestibule du temple de *Roma* et *Augustus,* et en grec sur le mur extérieur. Après avoir été publiée d'une manière plus ou moins correcte dans divers ouvrages (entre autres dans le Tacite d'Oberlin), elle a été soigneusement collationnée et éditée par MM. Georges Perrot et Edm. Guillaume. Paris, 1861, et enrichie d'un commentaire par M. Th. Mommsen, *Res gestæ Divi Augusti.* Berlin, 1865.

[58] Gruterus, *Inscr.*, p. 502. – Haubold, p. 190. – Haenel, *Corpus legum*, p. 49.

[59] Parmi ces tableaux, dont les uns tracent le calendrier romain, les autres indiquent la suite des consuls et des triomphes, se distinguent : dans la première catégorie (calendriers), celui connu sous le nom de *tabula Maffeiana* (appelée ainsi parce que cette table, aujourd'hui en grande partie perdue, a été, pendant longtemps, dans la possession de l'illustre famille des Maffei) et les tables de Préneste; dans la seconde, les tables du Capitole et celles de Vénusie. L'espace ne nous permet pas de mentionner les divers essais qui ont été faits pour restituer les fastes, et nous pouvons nous en dispenser d'autant mieux que tous ces essais sont effacés par l'important travail que M. Th. Mommsen a fait insérer dans le *Corpus inscriptionum latinarum,* t. I, p. 293 sqq. C'est d'après ce travail que M. Bruns, *Fontes juris antiqui*, p. 28, donne un calendrier romain. Quant aux *Fasti consulares et triumphales*, nous renvoyons le lecteur, qui ne peut consulter le *Corpus inscriptionum latinarum*, au travail de M. Baiter, qui se trouve au tome VIII des *OEuvres de Cicéron*, éd. Orelli.

[60] Pierres sépulcrales, etc. Bruns, p. 159 sqq. – Orelli, *Inscr.*, t. II, chapitre 20.—*Laudationes funebres*. Bruns, p. 155 sqq. – Giraud, p. 670 sq.

[61] Nous mentionnerons, aux endroits convenables, les inscriptions qui rentrent dans ces catégories.

[62] A consulter surtout les ouvrages suivants : Spanhemius, *Dissertatio de præstantia et usu numismatum antiquorum.* Rome, 1664. Amsterdam, 1671. Londres et Amsterdam, 1706 et 1717.— Vaillant, *Numismata imperatorum romanorum.* Paris, 1697. — Eckhel, *Doctrina numorum*

AUTEURS ANCIENS NON JURISCONSULTES.

Quoique les auteurs anciens qui ont traité spécialement du droit forment certainement la source principale de notre science, nous trouvons cependant aussi des renseignements précieux, surtout pour l'histoire du droit romain, dans d'autres ouvrages de l'antiquité. Parmi les ouvrages latins, ce sont les écrits de Cicéron qui nous en fournissent le plus, tant ses oraisons que ses œuvres rhétoriques, particulièrement *Brutus, Orator, de Oratore, Topica;* ses œuvres philosophiques, — particulièrement *de Republica, de Legibus, de Officiis* —, et même ses lettres [1]. Après lui vient Aulu-Gelle, auteur de la première moitié du second siècle, qui nous a conservé dans ses *Noctes Atticæ* de nombreux passages de lois et d'auteurs anciens, et nous fait connaître en outre plusieurs détails sur différentes institutions du droit public et du droit privé des Romains. Pour le droit public, on trouve des données abondantes dans les historiens Tite-Live, et son abréviateur Florus sous Adrien, Tacite sous Vespasien et Trajan, Suétone sous Adrien, dans Æl. Spartianus, Vulcatius Gallicanus, Trebellius Pollio, Flavius Vopiscus, Æl. Lampridius et Jul. Capitolinus, qui écrivirent sous Dioclétien et Constantin, et qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom de *Scriptores historiæ Augustæ.* Nous en trouvons également dans Salluste, Jules César, Cornelius Nepos, Velleius Paterculus, S. Aurelius Victor, Ammianus Marcellinus, Eutrope et Orose.

Outre ces historiens, nous remarquons Valère-Maxime, *Memorabilia;* Pline l'Ancien, *Historia naturalis;* Pline le Jeune, *Epistolæ* et *Panegyricus Trajani;* Fronton qui nous a laissé une correspondance intéressante avec l'empereur Antonin le Pieux et ses deux successeurs; Symmaque, qui, vers la fin du quatrième siècle, écrivit des épîtres sur le modèle de Pline.

Les rhéteurs nous fournissent également des indications utiles, particulièrement Sénèque père sous Auguste, et Quintilien sous Domitien; mais plus encore les grammairiens Varron, contemporain de Cicéron, et qui écrivit *de lingua latina* [2], Festus, qui fit un extrait de l'ouvrage de

veterum. Vienne, 1792-1798, 1826. 8 vol. et un supplément in-4°. — MIONNET, *Description de médailles antiques grecques et romaines.* Paris, 1806-1813, 1819-1833. 6 vol. et 6 vol. supplémentaires in-8°. — F. DE SAULCY, *Essai de classification des suites monétaires byzantines.* Metz, 1836.—COHEN, *Description historique des monnaies frappées sous l'empire romain.* 7 tomes. Paris, 1859-1868.

[1] Nous citerons sous le nom de CICÉRON tous les ouvrages qu'on a l'habitude d'attribuer à cet auteur, y compris ceux qui paraissent apocryphes.

[2] Nous citons cet ouvrage de Varron, d'après l'édition de C. O. MULLER, Berlin, 1833, tout en tenant compte de l'édition de Deux-Ponts (*Bipontina*) et de celle que GODEFROI (JAC. GOTHOFREDUS) a donnée dans ses *Auctores latinæ linguæ.* 1602.

Verrius Flaccus, *de verborum significatione* [3], Nonius Marcellus, Macrobe dans ses *Saturnalia* et son Commentaire *in somnium Scipionis*, et Isidore, évêque de Séville au commencement du septième siècle, dont les vingt livres *Originum s. Etymologiarum* sont de quelque utilité. De même, les commentateurs de Cicéron : Asconius Pedianus sous les premiers empereurs [4], C. Marius Victorinus vers le milieu du quatrième siècle, C. Julius Victor, Eulogius, Boethius (Boëce), qui vécut sous Théodoric, roi des Ostrogoths, et deux commentaires d'auteurs inconnus qu'on a l'habitude de citer sous les noms de *Scholia Bobiensia* et *Scholiasta Gronovianus* [5].

Pour certaines parties du droit romain, nous devons recourir aux auteurs que l'on comprend ordinairement sous le nom de *Scriptores rei rusticæ,* savoir Caton, Varron, *de re rustica*, Columella au premier siècle de l'ère chrétienne, et Palladius sous Valentinien et Théodose ; et plus souvent aux écrits des arpenteurs (*Scriptores rei agrariæ*, *agrimensores*, *gromatici*) parmi lesquels nous avons à signaler S. Julius Frontinus et Agennius Urbicus, appartenant au premier siècle de l'ère chrétienne, Balbus sous Trajan, Siculus Flaccus et Hyginus [6].

On peut consulter aussi avec fruit les philosophes, même les poëtes, surtout les comiques, et les commentateurs de poëtes, particulièrement Donat sur Térence, Servius sur Virgile, Acron et Porphyrion sur Horace.

Les Pères de l'Église, tant latins que grecs, ne sont pas sans intérêt pour l'histoire de l'Empire.

Parmi les auteurs grecs, nous distinguons avant tout Polybe, ensuite Denys d'Halicarnasse qui, dans ses *Antiquités,* donne les renseignements les plus étendus sur l'état de Rome pendant les premiers siècles, Diodore de Sicile sous Auguste, Flavius Josephus, Plutarque, Appien, Hérodien au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, Dion Cassius

[3] La dernière moitié seulement du travail de Festus, à partir de la lettre M, nous a été conservée et encore avec de grandes lacunes et altérations ; nous ne connaissons la première partie que par un abrégé, fait au huitième siècle de l'ère chrétienne, par un moine du nom de Paul, PAULUS DIACONUS. Nous citerons les deux parties sous le nom de FESTUS, d'après l'ordre adopté par JACQUES GODEFROI (GOTHOFREDUS), dans l'ouvrage cité à la note précédente, tout en suivant pour le texte l'édition de C. O. MULLER.

[4] Nous avons, sous le nom d'Asconius Pedianus, des commentaires sur neuf discours de Cicéron ; mais ceux sur la *divinatio in Cæcilium* et sur les discours contre Verrès paraissent avoir une origine beaucoup plus récente. On a l'habitude de les citer sous le nom de PSEUDO-ASCONIUS.

[5] Nous citerons les commentaires et les scolies sur Cicéron, d'après l'édition d'ORELLI et BAITER, dans *Ciceronis opera*, tome V. Zürich, 1833.

[6] Parmi les diverses éditions de ces *Scriptores rei agrariæ*, les plus connues sont celles de GOESIUS, *Rei agrariæ auctores,* Amsterdam, 1674 et de M. LACHMANN. Celle-ci forme, sous le titre spécial : *Gromatici veteres*, le tome premier de l'ouvrage : *Die Schriften der römischen Feldmesser, herausgegeben und erläutert von* F. BLUME, K. LACHMANN und A. RUDORFF. Berlin, 1848. Comme cette dernière édition est de toutes la plus complète et la plus correcte, nous la suivrons dans nos citations, tout en renvoyant, quand c'est possible, à l'édition de GOESIUS.

sous les Sévère avec ses abréviateurs Jo. Xiphilinus et Jo. Zonaras, Zosime au commencement du cinquième siècle, Procope vers le milieu du siècle suivant. Nous possédons en outre un ouvrage utile d'un contemporain de l'empereur Justinien, Jo. Laurentius Lydus, intitulé : Περὶ ἀρχῶν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας, *de magistratibus reipublicæ romanæ.*

OUVRAGES DE DROIT.

Les ouvrages de droit qui nous ont été conservés, et dont aucun n'est antérieur au deuxième siècle de l'ère chrétienne, se divisent naturellement en deux groupes dont l'un comprend le grand recueil, connu sous le nom de *Corpus juris civilis*, qui nous donne la législation romaine dans son dernier développement sous l'empereur Justinien, tandis que l'autre est formée des sources qui ont précédé l'œuvre de Justinien et lui servent pour ainsi dire d'introduction historique [1]. Ce dernier groupe se subdivise, à son tour, en deux catégories que les Romains distinguaient déjà sous les noms de *jus* et *leges* [2]; la première contenant les ouvrages des anciens jurisconsultes, la seconde embrassant les travaux législatifs des empereurs et des rois barbares antérieurs à Justinien.

A) Ouvrages de jurisconsultes.

1. Les Institutes de Gaius, jurisconsulte du temps de Marc-Aurèle. Un abrégé assez étendu de cet ouvrage important avait été reçu dans la collection des lois romaines, faites d'après les ordres d'Alaric II, roi des Visigoths, et connue sous le nom de *lex romana Visigothorum* [3]. En 1816

[1] Les sources de droit, antérieures à Justinien, sont réunies dans un recueil aussi complet que bien fait, qui a été publié sous le titre : Corpus juris civilis antejustiniani, consilio professorum Bonnensium editum. Bonnae, apud Marcum. 1835 sqq. — Des recueils moins complets sont : Schulting, *Jurisprudentia vetus antejustinianea.... cum commentariis, etc.* Leyde, 1717; réimprimée à Leipzig, 1737. Cette collection contient l'*Epitome* de Gaius et les ouvrages mentionnés ci-après sous les numéros suivants : *A*, 2. 3. 5. 8. 11 et *B*, 5; le tout accompagné de notes précieuses d'auteurs divers. — G. Hugo, *Jus civile antejustinianeum.* Deux tomes. Berlin, 1815, contient l'*Epitome* de Gaius et les ouvrages mentionnés ci-après sous les numéros suivants : *A*, 2. 3. 5. 6. 8. 9. 10. 11 et *B*, 1. 2. 5.—D'autres recueils, moins étendus et ne contenant guère que des ouvrages appartenant à la catégorie Jus (cf. la note suivante), ont été publiés par Blondeau et Bonjean, Institutes de l'empereur Justinien, suivies d'un choix de textes juridiques. Paris, 1839. Tome second. — Ed. Laboulaye, *Flores juris antejustinianei.* Paris, 1839. — Pellat, *Manuale juris synopticum.* Paris, 1854. 1870. — Huschke, *Jurisprudentiæ antejustinianæ quæ supersunt.* Leipzig, 1861. 1867. — Giraud, *Novum Enchiridion juris romani.* Paris, 1873.

[2] Voy. ci-après, n° 233.

[3] Cet abrégé, habituellement appelé *Epitome Gaii* ou *Gaius Visigothanus*, a été d'abord publié par Bochardus (Bouchard). Paris, 1525; ensuite, par Sichard, dans son édition de la loi romaine des Wisigoths (ci-après, note 19). Il est reproduit dans les recueils de Schulting, p. 1; de Hugo, I, p. 187, et dans le *Corpus juris antejustiniani* de Bonn.

Niebuhr découvrit à Vérone un palimpseste qui contenait l'ouvrage non altéré et presque complet en quatre livres. Göschen en publia la première édition en 1820, à Berlin [4]. Voir, pour d'autres détails, ci-après n° 194.

2. Une partie notable d'un ouvrage du jurisconsulte Ulpien, *Liber singularis regularum,* comprenant 29 titres et publiée, d'après un ancien manuscrit, en 1549, par Jean du Tillet, *Jo. Tilius,* évêque de Meaux [5]. Nous possédons en outre plusieurs fragments minimes d'autres ouvrages d'Ulpien, parmi lesquels il n'y a guère à mentionner que quelques paragraphes de ses *Institutiones*, trouvés dans la bibliothèque de Vienne [6]. — Voir, pour d'autres détails, ci-après n° 195.

3. *Sententiæ receptæ* du jurisconsulte Paul, ouvrage composé de cinq livres, trouvé dans la *Lex romana Visigothorum,* et publié par Bouchard (Bochardus), en 1525 [7]. Nous avons en outre un petit traité *de jure fisci* qui paraît avoir fait partie des sentences de Paul et qui a été trouvé dans le palimpseste de Gaius [8]. — Voir, ci-après, n° 195.

4. L. Volusii Mæciani *Assis distributio,* probablement du jurisconsulte Mæcianus qui vécut sous Antonin le Pieux. La première édition de ce petit traité se trouve dans l'édition de la *Lex romana Visigothorum*, faite par Sichard (ci-après, n° 13). Il y a de Balbus, *mensor* sous Trajan, un ouvrage qui traite du même sujet : *de asse minutisque eius portiunculis* [9]. — Voir, ci-après, n° 194.

5. Des fragments peu considérables des jurisconsultes Pomponius, Papi-

[4] D'autres éditions par Göschen et Blume, 1824. — Heffter, 1827. — Böcking, 1837. 1841. 1850. 1855. 1866. — Lachmann, 1842. — Huschke, 1855. La première édition de Böcking fait partie du *Corpus juris antejustiniani* de Bonn. Les Institutes de Gaius sont en outre reproduites dans Blondeau, p. 103. — Laboulaye, p. 1. — Pellat, p. 7. — Huschke, p. 82. — Giraud, p. 145. — Au moment de remettre le manuscrit à l'imprimeur, nous recevons l'annonce d'une édition nouvelle et magnifique (prix 12 thalers = 45 francs), qui sera faite sous les auspices de l'Académie des sciences de Berlin, et par les soins de M. Studemund.

[5] D'autres éditions par Böcking et Bluntschli, 1834. — Böcking, 1836. 1845. 1855 (faisant partie du *Corpus* de Bonn). — Les *Regulæ* d'Ulpien sont en outre reproduites dans les recueils de Schulting, p. 560. — Hugo, I, p. 7. — Blondeau, p. 227. — Laboulaye, p. 187. — Pellat, p. 723. — Huschke, p. 467. — Giraud, p. 109.

[6] Ces fragments se trouvent dans les éditions citées à la note précédente. Nous les donnerons ci-après, § 71, n° 2, et t. II, §§ 215. 233. 238.

[7] Trois ans plus tard, en 1528, Sichard les publia dans son édition de la loi romaine des Wisigoths (ci-après, note 19). D'autres éditions furent faites par Cujas, 1558. 1566. 1586. — Arndts, 1834 (faisant partie du *Corpus* de Bonn). *Voy.* aussi les recueils de Schulting, p. 214. — Hugo, I, p. 105. — Blondeau, p. 263. — Pellat, p. 765. — Huschke, p. 352. — Giraud, p. 50.

[8] Il se trouve dans l'édition première de Gaius, 1820 ; dans l'Ulpien de Böcking, 1855, p. 150 (*Corpus* de Bonn), et dans les recueils de Blondeau, p. 321. — Pellat, p. 957. — Huschke, p. 536. — Giraud, p. 141.

[9] Les deux ouvrages ont été publiés par Böcking, 1831, et font partie du *Corpus* de Bonn. Mæcianus a été de nouveau édité par M. Th. Mommsen. Leipzig, 1853, et dans le recueil de Huschke, p. 328.

NIEN et MODESTIN (ci-après, nos 194 sq.) [10] et un fragment plus étendu d'un auteur inconnu *de gradibus* [11].

6. Un ouvrage du grammairien DOSITHEUS, du troisième siècle de l'ère chrétienne, qui portait probablement le titre Ἑρμενεύματα *sive Interpretamenta,* contient en grec et en latin un petit traité qu'on appelle ordinairement *Fragmentum de juris speciebus et manumissionibus,* et qui paraît être la traduction et retraduction d'un titre des *Regulæ* de PAUL, de POMPONIUS ou de Q. CERVIDIUS SCÆVOLA [12].

7. Une collection de fragments de jurisconsultes et de constitutions impériales, découverte au Vatican par l'abbé de Maï, et publiée par lui en 1823, à Rome [13]. On les cite ordinairement sous le nom de *Vaticana juris romani fragmenta.* L'auteur de cette collection est inconnu. On peut la rapporter à la fin du quatrième siècle. — Voir, ci-après, n° 233.

8. *Lex Dei, sive Mosaicarum et romanarum legum collatio*, recueil de règles de droit mosaïque et de passages de droit romain, d'un auteur inconnu, probablement de la fin du cinquième siècle. Première édition de P. Pithou en 1573 [14]. — Voir, ci-après, n° 233.

9. Des fragments de deux recueils de constitutions impériales, faits par les jurisconsultes *Gregorianus et Hermogenianus* et connus sous les noms de *Codices Gregorianus et Hermogenianus* [15]. — Voir, ci-après, n° 233.

10. Un recueil d'avis d'un jurisconsulte inconnu du cinquième ou sixième siècle de l'ère chrétienne, publié par Cujas en 1563 sous le titre: *Consultatio veteris jurisconsulti* [16]. — Voir, ci-après, n° 233.

[10] Ces fragments se trouvent dans les recueils mentionnés ci-dessus à la note 1, ainsi que dans l'Ulpien de Böcking (ci-dessus, note 5). Nous les donnerons dans le cours de notre ouvrage; celui de Pomponius, ci-après, au § 124, note 12; celui de Papinien, au tome III, § 318, note 1; ceux de Modestin, ci-après, au n° 163, et t. III, § 380, note 30.

[11] Publié par Böcking, dans son édition d'Ulpien (ci-dessus, note 5), et reproduit dans les recueils de Huschke, p. 529 et de Giraud, p. 140.

[12] Première édition par P. Pithœus (Pithou) avec la *Lex Dei* (ci-après, note 14). D'autres éditions par Böcking, 1831 et dans son Ulpien, qui fait partie du *Corpus* de BONN (ci-dessus, note 5). *Voy.* aussi Schulting, p. 802. – Hugo, I, p. 251. – Blondeau, p. 525. – Laboulaye, p. 520. – Pellat, p. 905. – Huschke, p. 541. – Giraud, p. 391.

[13] Cette édition a été réimprimée à Paris, 1823, et à Berlin, 1824. L'ouvrage a été ensuite publié de nouveau par : de Buchholtz, 1828. – Bethmann-Hollweg, 1833 (fait partie du *Corpus* de BONN), et reproduit par Blondeau, p. 328. – Laboulaye, p. 233. – Pellat, p. 917. – Huschke, p. 610. – Giraud, p. 317.

[14] La nouvelle édition de Blume, 1833, fait partie du *Corpus* de BONN. La *Lex Dei* se trouve aussi dans Schulting, p. 727. – Hugo, II, p. 1419. – Blondeau, p. 408. – Pellat, p. 857. – Huschke, p. 547. – Giraud, p. 283.

[15] Première édition par Sichard, dans la loi romaine des Visigoths (ci-après, note 19). La nouvelle édition de M. G. Haenel, 1844, fait partie du *Corpus* de BONN.

[16] La nouvelle édition de Puggé, 1833, fait partie du *Corpus* de BONN. La *Consultatio* se trouve aussi dans Schulting, p. 811. – Hugo, II, p. 1477. – Blondeau, p. 392. – Huschke, p. 722. – Giraud, p. 376.

B) Travaux législatifs des empereurs et des rois barbares antérieurs à Justinien.

1. Le *Code Théodosien,* collection de constitutions d'empereurs, faite par les ordres de Théodose II, empereur d'Orient, vers l'an 438 de l'ère chrétienne et composée de seize livres. Avant la renaissance on n'en connaissait que les parties qui sont transcrites dans la *Lex romana Visigothorum.* Du Tillet et Cujas trouvèrent beaucoup d'autres fragments. Enfin de nos jours de nouvelles découvertes nous ont rendu en grande partie les cinq premiers livres qui manquaient. La première édition du Code Théodosien est de Sichard en 1528 [17]. — Voir, ci-après, nº 238.

2. Les *Novelles théodosiennes* et *post-théodosiennes,* constitutions impériales publiées après le Code Théodosien par Théodose II, ses corégents et ses successeurs. Première édition de Sichard en 1528 [17]. — Voir, ci-après, nº 239.

3. *Lex romana Ostrogothorum* ou *Edictum Theodorici,* de peu d'importance pour nous. La première édition est de P. Pithœus (Pithou) [18]. — Voir, ci-après, nº 251.

4. *Lex romana Visigothorum,* recueil de droit romain, composé d'après les ordres d'Alaric II, roi des Visigoths, pour les sujets romains de son royaume au commencement du sixième siècle. Ce recueil, qu'on appelle aussi *Breviarium Alaricianum* ou *Aniani* contient quelques ouvrages de jurisconsultes et de nombreuses constitutions impériales, le tout accompagné d'une *Interpretatio.* C'est par cette compilation qu'on a eu la première connaissance de Gaius, du Code Théodosien et des Novelles postérieures à ce Code, et sans elle nous n'aurions ni les *Sententiæ receptæ* de Paul, ni les fragments de deux recueils de constitutions impériales connus sous le nom de *Codex Gregorianus* et *Codex Hermogenianus.* La pre-

[17] Dans sa loi romaine des Visigoths, ci-après, note 19. Les éditions du code théodosien et des novelles théodosiennes et post-théodosiennes, qui suivirent cette première et qui sont toutes, comme elle, fort incomplètes, seront indiquées ci-après, nº 239. Nous distinguons parmi elles l'édition de Jacobus Gothofredus (Jacques Godefroi), publiée après sa mort par Marvillius (Merville), à Lyon, 1665, en six volumes in-folio, et rééditée par Ritter, à Leipzig, 1736-1745. Malgré les lacunes qu'elle présente naturellement, cette édition est toujours fort estimée et recherchée à cause du précieux commentaire qu'elle renferme. — Le recueil de Hugo, p. 275 – 1399, donne tout ce que nous possédions du Code et des Novelles en 1815. Enfin, grâce aux découvertes faites depuis, une édition à peu près complète nous a été donnée en 1848 par M. G. Haenel. Elle fait partie du *Corpus* de Bonn. Cf., ci-après, nº 239.

[18] Dans son édition de Cassiodori *Variarum libri.* Paris, 1579. Des éditions plus correctes ont été données par Rohn, *Commentatio ad edictum Theodorici.* Halle, 1816, et par Blume, *Monumenta Germaniæ historica.* 1863.

mière et jusque dans les derniers temps la seule édition qui ait paru de cet ouvrage est de Sichard en 1528 [19]. — Voir, ci-après, n° 252.

5. *Lex Romana Burgundionum*, collection faite, pour les sujets romains de son royaume, par Gondebaud, roi des Burgondes, entre 517 et 534. Cujas en publia la première édition en 1566 sous le titre : *Papiani responsum* [20]. — Voir, ci-après, n° 253.

C) Législation de Justinien

Comme nous aurons à nous occuper plus tard en détail des travaux législatifs de Justinien, qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom de *Corpus juris civilis* [21], nous nous bornerons ici à en indiquer sommairement les différentes parties, qui sont :

1. Les Institutes, *Institutiones*, ouvrage élémentaire fait d'après le plan des Institutes de Gaius. Elles se composent de quatre livres, dont chacun est divisé en plusieurs titres [22].

[19] Sichardus, *Codicis Theodosiani libri XVI, quibus sunt ipsorum Principum adjectæ Novellæ*. Bâle, 1528. Les différentes parties de la *lex romana Visigothorum* ont été depuis rééditées diverses fois. Cf., ci-après, n° 252. Le recueil entier a été enfin publié, aussi complet que possible, par M. Haenel. Bonn, 1848. Cf., ci-dessus, les notes 3. 7. 15. 17.

[20] Elle se trouve sous le même titre dans Schulting, p. 827, et sous son vrai titre dans Hugo, II, p. 1501. Une édition revue et corrigée a été publiée par Barkow. Greifswalde, 1826.

[21] Nous parlerons ci-après, n° 260, de l'origine de ce terme. Pour l'intelligence des indications que nous allons donner aux notes 22-27, il importe de faire ici deux observations dont les développements se trouveront ci-après, au n° 260. 1° On a l'habitude de diviser les éditions des diverses parties de la législation de Justinien en deux catégories : éditions glosées et éditions non glosées. Les éditions glosées sont celles qui contiennent les notes, *glossæ*, dont les glossateurs ont enrichi la majeure partie du *Corpus juris* et dont Accurse fit, au treizième siècle, un recueil qui est connu sous le nom de grande glose ou *glossa Accursiana*. Sauf une seule (ci-après, note 26 *in fine*), ces éditions ont toutes cinq ou six tomes in-folio. Parmi les éditions non glosées, il en est qui ne contiennent que le texte; d'autres sont accompagnées de notes critiques ou exégétiques. — 2° Une autre division des éditions du *Corpus juris* est basée sur la diversité du texte. Les glossateurs de Bologne avaient donné beaucoup de soin à la critique des diverses parties de la législation de Justinien et étaient parvenus à établir un texte qui fut généralement suivi dans les écoles de l'époque et que l'on désigne, pour cette raison, par le nom de *lectio vulgata*. L'on faisait cependant aussi, pour le Digeste, grand cas d'un ancien et célèbre manuscrit qui se trouvait à Pise et fut plus tard transporté à Florence, ce qui fit donner à ce texte le nom de *littera* ou *lectio Pisana, Florentina* Enfin, au seizième siècle, 1529-1532, un savant allemand, dont le nom grécisé est *Haloander*, fit une édition des diverses parties du *Corpus juris*, qui eut assez de succès pour qu'on en citât le texte à côté de la Vulgate sous le nom de l'auteur, ou bien comme *lectio Norica*, de la ville de Nüremberg, *Vindelica Noricorum*, où avaient paru les éditions de Haloander. L'on distingue ainsi trois espèces de textes : la *Vulgata*, la *lectio norica* ou le texte de Haloander et, pour le Digeste, la *lectio florentina*. Il importe cependant de faire observer qu'à partir de Le Conte et plus encore depuis Denis Godefroi (ci-après, note 26), les éditeurs ne se sont plus, comme autrefois, astreints à suivre toujours exclusivement tel texte déterminé, mais que plusieurs d'entre eux ont procédé d'une manière plus ou moins éclectique, de sorte que depuis la fin du seizième siècle la division en vulgates, noriques et florentines ne s'applique plus à toutes les éditions.

[22] La première édition des Institutes, avec la glose, a été publiée à Mayence, chez Pierre

2. Les Pandectes ou le Digeste, *Pandectæ, Digesta,* collection de fragments de jurisconsultes, divisée en cinquante livres, dont chacun se compose de plusieurs titres, à l'exception des livres 30, 31 et 32, qui n'ont pas de subdivision [23].

3. Le Code, *Codex,* collection de constitutions impériales en douze livres, dont chacun comprend plusieurs titres [24].

4. A ces trois ouvrages, publiés par Justinien en 533 et 534, l'on a ajouté une collection de 168 constitutions, promulguées postérieurement par lui et par deux de ses successeurs, et qu'on appelle Novelles, *novellæ constitutiones* [25].

Schoyffer de Gernsheim, 1468, in-folio. D'autres éditions glosées à Strasbourg, 1472; Rome, 1475; Louvain, 1475; etc. — La première édition non glosée paraît avoir été publiée à Paris, au commencement du seizième siècle (1505 à 1511). Parmi les nombreuses éditions qui ont suivi, nous signalerons en premier lieu celle de Haloander (*norica*), à Nüremberg, chez Jean Petreius, 1529, in-octavo, souvent reproduite; ensuite, celle de Cuiacius (Cujas), Paris, 1585. Cette dernière a été rééditée et reproduite un grand nombre de fois, entre autres par Vinnius et Otto, dans leurs commentaires et dans l'édition du *Corpus juris* de Gebauer et Spangenberg, dont nous parlerons ci-après, note 9. Le dix-neuvième siècle a produit quelques éditions de mérite, notamment celles de Biener, 1812; de Schrader, 1832, in-quarto, et 1836, in-douze; de Paul Krüger, 1867 (cf. ci-après, note 27 *in fine*). Une mention particulière, à cause des commentaires qu'elles contiennent, est due aux éditions souvent réimprimées de Balduinus (Baudouin), 1546; Cuiacius (Cujas), 1556; Hotomannus (Hotman), 1560; Giphanius (Van Giffen), 1596; Bachoven d'Echt, 1628; Vinnius (Vinnen), 1642; Janus a Costa, 1659; Otto, 1729, et en dernier lieu à la belle édition de Schrader, Berlin, 1832, dont le riche commentaire est aussi précieux au point de vue de la critique du texte que par les explications historiques et dogmatiques qu'il renferme. — Parmi les nombreuses traductions des Institutes, nous nous bornons ici à citer comme curiosité littéraire la traduction allemande de Thomas Murner. Strasbourg, 1518; et pour l'utilité pratique, la traduction française, qui se trouve dans le tome premier de l'ouvrage déjà cité de Blondeau et Bonjean, *Institutes* de l'empereur Justinien, traduites en français avec le texte en regard. Paris, 1839. Pour d'autres traductions, cf. ci-après, note 28.

23 Les premières éditions du Digeste, toutes avec la glose, ont été publiées, savoir : le *Digestum vetus,* à Pérouse, chez H. Clayn, 1476, in-folio; l'*Infortiatum* et le *Digestum novum*, à Rome, chez Vitus Puecher, 1475 et 1476, in-folio. Pour les autres éditions glosées, *voy.* ci-après, note 26. — La première édition non glosée paraît avoir été publiée à Paris, au commencement du seizième siècle. Parmi les éditions postérieures nous avons à signaler : 1° celle de Haloander (*norica*), Nüremberg, chez Petreius, 1529, trois tomes in-quarto; 2° celle de Lælius et Franciscus Taurelli (Torelli), Florence, 1553, in-folio, faite d'après le célèbre manuscrit florentin et reproduite dans plusieurs éditions du *Corpus juris* (ci-après, notes 27); 3° la belle édition que M. Th. Mommsen vient de publier, à Berlin, 1866-1870, également d'après le manuscrit florentin, mais avec plus de critique et de correction que ses prédécesseurs.

24 La première édition du Code, avec la glose, a été publiée à Mayence, chez Pierre Schoyffer, de Gernsheim, en 1475; mais elle ne contient que les neuf premiers livres, les trois derniers livres ayant été, par les glossateurs, relégués dans un volume séparé qui comprenait en outre les Novelles et les Institutes (ci-après, n° 260), et dont la première édition a paru in-folio à Rome, 1476. — La première édition non glosée, ne comprenant également que les neuf premiers livres, a paru à Paris, chez Eustace (Chappuis), 1511, in-octavo. Les douze livres se trouvent dans l'édition de Haloander (*norica*), publiée à Nüremberg, in-folio, chez Jean Petreius, 1530.

25 Nous parlerons ci-après, n° 260, des premières éditions des Novelles qui, toutes, présentent de grandes lacunes. La première, qui apparaît sous une forme quelque peu complète, est celle de Haloander (*norica*), Nüremberg, chez Jean Petreius, 1532, in-folio. Elle contient 122 novelles

Ces quatre parties réunies (comme nous l'avons dit ci-dessus, sous le nom de *Corpus juris civilis*), ont eu, depuis le milieu du quinzième siècle, un grand nombre d'éditions glosées [26] et non glosées [27]. Elles ont été

complètes, en grec, avec traduction latine et quelques débris des autres novelles; de plus, la traduction de la Vulgate. Contius (Le Conte) publia en 1559 et 1571, une édition qui contient 168 novelles latines et 164 novelles grecques, et qui a servi de base à la plupart des éditions ultérieures. Les éditions du *Corpus juris*, que nous mentionnerons ci-après, note 27, aux nos 6 sqq., contiennent le recueil des novelles aussi complet que les découvertes récentes permettent de le donner. Cf., ci-après, nos 248. 260.

[26] Les anciennes éditions du *Corpus juris* sont toutes glosées et généralement (à l'exception des nos 4 et 5), faites d'après des manuscrits contenant la *lectio vulgata*. La première parut à Venise, chez Jacobus Rubæus, 1476-1478. Parmi les autres, nous remarquons : 1o onze éditions, chez Baptista de Tortis, à Venise, 1482-1514. — 2o dix éditions, chez Fradin, à Lyon, 1510-1536, dont celle de 1510 est la première qui donne aux divers passages des numéros d'ordre. — 3o douze éditions publiées chez Hugo a Porta, à Lyon, 1538-1575. — 4o une édition faite par Miræus (Louis le Mire), et qu'on appelle souvent *Corpus juris Augustini*, parce qu'elle contient des observations critiques d'Ant. Agustin. Paris, 1548-1550. — 5o quatre éditions de Contius (Ant. Le Conte), à Paris, 1559-1576, donnant le texte du Digeste d'après le manuscrit de Florence, ou plutôt d'après Torelli, ci-dessus, note 23, no 2. — 6o l'édition que Dionysius Gothofredus (Denis Godefroi), publia à Genève, en 1589, et qui contient, outre la glose, des notes prises dans Le Conte et Cujas. Le travail de Godefroi, qui donne un texte éclectique, a été réimprimé un grand nombre de fois. Parmi ces réimpressions nous signalons l'édition revue et corrigée de Lyon, 1612, et celle publiée *opera et studio Jo. Fehii*, à Genève, en 1627, la dernière édition glosée du *Corpus juris*. Toutes ces éditions se composent, conformément à la division des glossateurs (*Digestum vetus, Infortiatum, Digestum novum, Codex, Volumen parvum*, ci-après, no 260), de cinq tomes, habituellement in-folio; celles de Godefroi (originaires et réimprimées) ont de plus un tome sixième, contenant des notes et des tables. Une seule édition glosée du *Corpus juris* s'écarte de cet usage : c'est celle de Petrus ab Area Baudoza (d'Airebaudouze de Cest), Lyon, 1593, qui ne forme que quatre tomes, les deux premiers contenant le Digeste.

[27] Les premières éditions non glosées du *Corpus juris* ont paru à Paris, au commencement du seizième siècle, sans que nous puissions préciser les dates : les diverses parties du *Corpus juris*, séparément publiées par Haloander dès 1529 (*lectio norica*, ci-dessus, note 21), ont été réunies et publiées sous le titre : *Corpus juris*. Paris, Guillard, 1540, 1552, onze et sept tomes in-octavo; Bâle, Herwagen, 1541, et plus tard Bâle, Guarin, 1570. Une édition faite à Lyon, chez Roville, 1551, suit généralement la *lectio norica*. En outre, nous remarquons les éditions suivantes : 1o Russardus (Roussard). Lyon, 1560-1561, deux tomes in-folio, avec des variantes et des notes critiques très-brèves. Cette édition qui donne le Digeste d'après la *lectio florentina* et les Novelles d'après Haloander, a été diverses fois réimprimée en plusieurs (huit ou dix) tomes in-octavo, à Anvers, chez Plantin, 1567. 1569, etc. — 2o Contius (Le Conte), Paris, 1560-1562, neuf tomes in-octavo, et Lyon, 1571, onze ou quinze tomes in-octavo. — 3o Charondas (Le Caron), Anvers, Plantin, 1575, in-folio. Les Institutes, d'après Haloander; le Digeste, d'après la *lectio florentina*; le reste d'après Le Conte. — 4o J. Pacius, Genève, Vignon, 1580, in-folio et in-octavo. — 5o Dion. Gothofredus (Denis Godefroi), fit paraître in-quarto, à Lyon et Genève, en 1583, une édition éclectique, accompagnée de notes exégétiques assez étendues, et dont son fils Jacques publia, à Genève, 1624, une cinquième édition, soigneusement revue et corrigée, en deux tomes in-folio. Cette édition, accueillie avec une grande faveur, eut de nombreuses réimpressions, in-folio et in-quarto, parmi lesquelles on distingue celle de Simon van Leeuwen, publiée à Amsterdam, Elzevir, 1663, deux tomes in-folio et reproduite à Anvers, Verdussen, 1726. — 6o En 1589, Denis Godefroi fit imprimer in-octavo, à Lyon, un *Corpus juris*, sans notes, qui eut plusieurs éditions et réimpressions, parmi lesquelles nous remarquons surtout celles faites in-octavo par les frères Elzevir à Amsterdam. L'une des éditions elzéviriennes, celle de 1664, a reçu le nom de *Pars secundus*, par la raison, qu'en tête de la seconde partie du Digeste, qui commence au livre cinquième (page 150), on lit

aussi traduites en français et en allemand [28].

Avec Justinien se ferme la série des sources de notre science; mais il y a encore après lui, dans l'empire d'Orient, quelques publications qui nous fournissent des renseignements utiles et dont nous aurons à nous occuper ci-après, nos 248-250. Ici il suffit de mentionner les deux ouvrages suivants: *a*) un commentaire très-concis des *Institutiones* de Justinien, dû à Théophile, l'un les rédacteurs de ce livre, et connu sous le nom de *Paraphrasis Theophili* [29]; *b*) un grand travail législatif qui, vers la fin du neuvième

Pars secundus au lieu de *Pars secunda*. On dit habituellement que c'est l'unique faute d'impression que le livre renferme : cet éloge est quelque peu exagéré; mais il n'en est pas moins vrai que c'est une édition très-correcte et très-maniable. — 7° *Corpus juris academicum.* C'est sous ce titre que Ferromontanus (Freiesleben) publia en 1721 à Altenburg et Leipzig, une édition en deux tomes in-quarto, qui fut souvent réimprimée dans le même format et in-octavo. Cette publication a eu une grande vogue, absolument imméritée, peut-être à cause du titre, peut-être aussi à cause des onglets dont on a parsemé les deux volumes, innovation qui, d'après l'auteur, avait pour but de faciliter les recherches, mais qui, en réalité, ne produit d'autre effet que de faire déchirer les pages. La dernière réimpression de ce *Corpus academicum,* aussi mauvaise que les précédentes, mais d'une meilleure exécution typographique, a été faite *cura et opera C. M. Galisset*. Paris, 1862. — 8° L'édition qui, jusque dans les derniers temps, a eu le plus d'autorité parmi les éditions non glosées est celle de G. Chr. Gebauer et G. A. Spangenberg. Göttingue, 1776-1797, deux tomes grand in-quarto. Elle donne le texte des Institutes d'après Cujas (Otto); le Digeste, d'après l'édition florentine des Torelli, collationnée par Brenkmann; le Code et les Novelles, d'après les meilleures éditions antérieures et des manuscrits. Le tout est accompagné de notes critiques, donnant les variantes de la Vulgate, de Haloander et de divers manuscrits et éditions. — 9° J.-L.-W. Beck publia à Leipzig, 1825-1836, un *Corpus juris,* sans notes, en quatre tomes in-octavo, et plus tard, 1829-1837, en deux tomes in-folio. — 10° Une édition stéréotypée, avec des notes critiques donnant les variantes les plus importantes, a été publiée de 1833-1837, à Leipzig, chez Baumgartner, grand in-octavo. Le tome Ier, dû aux soins des frères Albert et Maurice Kriegel, renferme les Institutes et le Digeste, ce dernier d'après l'édition florentine des Torelli. Le tome II, par Émile Hermann, contient le Code; et le tome III, par Éd. Osenbrüggen, les Novelles, texte grec et latin, et la double traduction des novelles grecques, l'une d'après la Vulgate, l'autre d'après Hombergk et Haloander. Cette édition, la plus complète qui ait paru à ce jour, se recommande de plus par le format commode, l'exécution typographique très-convenable et le bon marché. — 11° Nous terminons cette énumération, en rappelant la belle édition du Digeste, par M. Th. Mommsen (ci-dessus, note 23, *in fine*), qui servira de point de départ à une nouvelle édition du *Corpus juris,* dont la rédaction sera confiée pour les Institutes et le Code, à M. Krüger (ci-dessus, note 22). En attendant cette publication, l'éditeur Weidmann à Berlin a fait une édition stéréotypée, plus économique, dont le tome premier, contenant les Institutes et le Digeste, par MM. Krüger et Mommsen, vient de paraître.

[28] Le commencement de notre siècle a vu paraître une traduction française du *Corpus juris* (les Institutes par Hulot, le Digeste par Hulot et Berthelot, le Code par Tissot, les Novelles par Bérenger), Metz, 1803-1811; dix-sept tomes in-quarto ou soixante et onze tomes in-douze. Ce travail, digne de tout éloge en ce qui concerne l'exécution typographique, laisse beaucoup à désirer sous le rapport de l'exactitude, tant pour le texte latin que pour la traduction dont on ne peut faire usage qu'avec beaucoup de précaution. — Nous pouvons porter un jugement plus favorable sur la traduction allemande : *Das Corpus juris civilis, herausgegeben von* C.-E. Otto, Bruno Schilling, C.-F.-F. Sintenis. Leipzig, 1830. 1839. Ce travail, sans être toujours parfait, est cependant plus exact et plus correct que la traduction française; il est, en outre, accompagné de bonnes notes critiques et exégétiques.

[29] Première édition, publiée par Viglius Zuichem à Bâle, 1534; réimprimée à Paris, 1534, et à

siècle, fut publié par l'empereur Léon VI sous le nom de *Basilica*[30].

Observation. Il importe d'ajouter à cet exposé quelques mots sur la manière dont on cite ordinairement les ouvrages de droit que nous venons d'énumérer. La plupart d'entre eux sont divisés en livres, titres, paragraphes, etc., ce qui détermine d'avance le mode de citation. Ainsi, Gaius, *instit.* II, 7 ou simplement Gaius, II, 7 veut dire Gaius, *Institutiones*, livre II, paragraphe sept. Ulpiani *Regulæ*, XVII, 6 ou simplement Ulpien, XVII, 6 veut dire, paragraphe 6 du titre 17 des fragments d'Ulpien. Pauli *S. R.* IV, 8, 6 ou simplement Paul IV, 8, 6 veut dire Pauli *Sententiæ receptæ*, livre IV, titre 8, paragraphe 6. — La chose est plus simple encore quand l'ouvrage cité n'est divisé qu'en chapitres ou en paragraphes, sans autre subdivision[31]. Par exemple, *Vaticana fragmenta*, 210 est le numéro ou § 210 des fragments du Vatican. De même, *Consultatio veteris jcti*, 4 ou *Fragmentum de jure fisci*, § 5.

Mais à l'égard de la collection de Justinien et du Code Théodosien, on suit différentes méthodes. Ces ouvrages sont divisés, comme nous l'avons fait observer, en livres et titres. Chaque livre et chaque titre portent une inscription. Anciennement on avait l'habitude de ne mentionner dans les citations que cette inscription; on ne citait pas même les subdivisions des titres par leur numéro d'ordre, mais par les premiers mots[32]. Ainsi,

Louvain, 1536. Curtius (Jacques de Corte) fit, en 1536, une traduction latine, qui fut réimprimée diverses fois et entre autres dans l'édition de Théophile, donnée par Dion. Gothofredus (Denis Godefroi), Genève, 1587. Charles Annibal Fabrot fit, en 1638 et 1657, deux nouvelles éditions, avec traduction latine, s'écartant fréquemment de celle de Curtius. Enfin, l'édition la plus complète avec une nouvelle traduction latine, accompagnée de divers *excursus* et d'un *glossarium*, est due à G.-O. Reitz. La Haye, 1751. Deux tomes in-quarto. — Traductions : une allemande par Wüstemann, et plusieurs françaises, entre autres par M. Fregier 1847 et par M. Legat 1847.

[30] En renvoyant pour les détails bibliographiques au n° 249, nous nous bornons ici à dire qu'il n'y a que deux éditions relativement complètes des Basiliques, l'une et l'autre accompagnées d'une traduction latine; la première, par Ch. Annibal Fabrot. Paris, 1647 sqq., sept tomes in-folio; la seconde, naturellement beaucoup plus complète, par M. E. Heimbach, *Basilicorum libri LX*. Leipzig, 1833-1870. Six volumes in-quarto.

[31] Quelques auteurs modernes, particulièrement Hugo, rejettent ces divisions et préfèrent citer d'après la page et la ligne du manuscrit. Mais, s'il est vrai que les divisions généralement adoptées sont en grande partie arbitraires, l'on ne peut nier que celles de Hugo ne soient purement accidentelles et surtout peu commodes. A cette occasion, nous nous permettons de regretter que M. Lachmann, dans sa belle édition des *Gromatici veteres* (ci-dessus, p. 15, note 6), n'ait pas jugé convenable de créer une division en chapitres ou paragraphes, que son autorité aurait certes fait admettre par tout le monde.

[32] Ce mode d'agir a dominé depuis les glossateurs jusque vers la fin du siècle dernier. Pour faciliter les recherches dans les éditions glosées (ci-dessus, notes 21-26), nous ajouterons l'observation suivante : « Dans ces éditions on a l'habitude de commencer par l'indication du livre dont la citation est tirée (I. ou Inst., c'est-à-dire Institutes; D., ou Dig., c'est-à-dire Digeste; C. ou Cod., c'est-à-dire Code); puis vient l'inscription du titre, suivi des mots par lesquels commence le texte cité (qui est appelé *Lex*) ou la subdivision du texte. Ainsi *Inst. de nuptiis*. § *ergo* est, d'après notre manière de citer, le § 1. I., *de nuptiis* 1, 10. — *Dig. de usufructu. L. si cujus*, § *cum igitur*, serait, d'après nous, Fr. 13, § 1, D., *de usufructu* 7, 1. — *Cod. communia de legatis et fideicom-*

pour trouver la citation suivante : *L. Si duobus*, §. *sin autem C., communia de legatis*, il fallait d'abord chercher dans le Code le titre intitulé « *Communia de legatis,* » qui est le 43[me] du sixième livre, puis dans ce titre la loi qui commence par les mots « *Si duobus* », qui est la 3[me], et dans cette loi le paragraphe commençant par « *Sin autem.* » Ce mode nécessitait des recherches très-fastidieuses dans les tableaux alphabétiques qu'on a l'habitude d'ajouter aux éditions du Corps de droit. Dans les derniers temps, on a remplacé ces indications par de simples numéros d'ordre. D'après cette méthode, la citation mentionnée se présenterait sous la forme suivante : L. 3, § 3. C., 6, 43. Nous suivrons cette méthode; toutefois nous ajouterons l'inscription du titre : d'abord parce que cette indication familiarise peu à peu les commençants avec la topographie de nos sources; ensuite parce que l'expérience nous a prouvé qu'en feuilletant on oublie facilement le numéro du titre, tandis que les mots qui forment l'inscription restent dans la mémoire [53]. Ainsi nous dirons :

L. 3, § 3, *C., communia de legatis* 6, 43.

C'est-à-dire la Loi 3, § 3, du titre du Code qui est intitulé « *Communia de legatis* » lequel est le 43[me] du sixième livre.

Quant à la désignation des différentes parties du Corps de droit de Justinien, nous nous servirons de l'initiale **I.**, pour les Institutes ; de **D.**, ou **P.**, pour le Digeste ou les Pandectes; de **C.**, pour le Code; et nous distinguerons le Code Théodosien en ajoutant **Th** [54]. D'habitude on donne

missis. L. si duobus, § *sin autem*, est L. 3, § 3, C., *communia de legatis et fideicommissis* 6, 43. Les Novelles (*Authenticæ*) sont citées d'après leur inscription, avec indication de la *collatio* et quelquefois du titre de la *collatio*. Ainsi : *Auth. de heredibus ab intestato*, § *si quis, collat. IX, tit. I*, veut dire le chapitre 1 (qui commence par les mots *si quis*) de la *Nov.* 118, qui porte le titre *de heredibus ab intestato*, et se trouve être la 1[re] de la 9[me] *collatio*, ou, d'après notre mode, *Nov.* 118, c. 1. On emploie encore fréquemment les abréviations S., I., E. ou EO., pour indiquer que la citation se trouve dans un titre précédent (S., *supra*), dans un titre suivant (I., *infra*), ou bien, soit dans le même titre, soit dans un titre homonyme d'une autre partie du corps de droit (E. EO., *eodem*). Lorsque les signes S. et I. sont suivis du mot *ibi*, ils se rapportent à une partie du même texte. » Pour l'intelligence de ces explications, il faut combiner la présente OBSERVATION avec ce que nous dirons des glossateurs, ci-après, n° 260.

[53] M. SCHRADER, dans sa belle édition des *Institutes de Justinien*, suit le même principe, mais en observant un autre ordre. Ainsi, au lieu de L. 3, § 3, C., *communia de legatis* 6, 43, il met : C., *comm. de legatis* 6, 43. L. 3, § 3. Cet ordre est, à la vérité, plus logique, puisqu'il commence par la division principale pour finir par la dernière subdivision ; mais il ne fait pas aussi bien ressortir ce qui doit s'imprimer dans la mémoire.

[54] Ce sont là les seules abréviations rationnelles, à moins qu'on ne préfère pour les Pandectes la lettre grecque π. Mais il est un autre chiffre dont on se sert encore aujourd'hui pour désigner les Pandectes, et dont l'usage ne peut être justifié d'aucune manière. C'est le signe *ff*, qui n'est qu'une corruption soit de la lettre π, soit de la lettre *d*. La dernière supposition paraît plus probable, par la raison que, dans les manuscrits, ce signe est suivi de l'abréviation *orum*, qui ne peut s'appliquer qu'à *Digesta*, puisque *Pandectæ* formerait *Pandect*ARUM. *Voy.*, entre autres, DE SAVIGNY, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. III, p. 408, et *Thémis*, t. V, p. 116 (p. 89 de l'édition de Bruxelles).

indifféremment la dénomination de loi, *lex*, à tous les passages de ces divers livres de droit. Nous préférons distinguer les textes du Digeste par le terme *fragment* (Fr.) qui leur convient évidemment mieux que le nom de *lex* (L.) dont nous nous servirons pour désigner les dispositions législatives qui se trouvent dans les deux Codes.

Voici donc un tableau de notre manière de citer les passages de la collection de Justinien et du code de Théodose.

Pr. I., *de rerum divisione* 2, 1, c'est-à-dire le commencement (*Pr. principium* ou *prooemium*) du titre des Institutes qui traite « *de rerum divisione* » et qui est le premier du second livre.

§ 20. I., *de legatis* 2, 20.

Fr. 2, pr. D., *de judiciis* 5, 1, c'est-à-dire le commencement (*pr.*) du 2e passage du titre du Digeste qui traite « *de judiciis* » et qui est le 1er du 5e livre.

Fr. 7, § 3, D., *de usufructu* 7, 1.

L. 23, pr. C., *de nuptiis* 5, 4.

L. 3, § 3, C., *communia de legatis* 6, 43.

L. 1, § 2, Th. C., *de maternis bonis* 8, 18, c'est-à-dire la loi 1, § 2, du titre du Code Théodosien qui porte l'inscription « *de maternis bonis* » et qui est le 18e du livre 8.

Quant aux Novelles, on les cite ordinairement d'après le numéro d'ordre qu'elles ont dans la collection. Par exemple : *Nov.* 22, *præf.*, c'est-à-dire la préface de la novelle 22; ou *Nov.* 118, c. 3, le chapitre 3 de la novelle 118.

DIVISIONS DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

Les savants qui se sont occupés de l'histoire du droit romain l'ont divisée en histoire externe et histoire interne. Ils ont donné le premier nom à la partie de la science qui s'occupe des sources du droit; tandis qu'ils entendent par l'histoire interne, ou antiquités du droit romain, l'exposé historique des différentes institutions de ce droit même. Cette distinction est rationnelle; mais les termes employés sont arbitraires [1].

Nous exposerons, dans cette introduction, les matières que l'on comprend ordinairement sous le nom d'histoire externe, et nous nous réser-

[1] Voici comment LEIBNITZ, qui le premier a employé ces termes, les explique dans sa *Nova Methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ*, § 29 : « Jurisprudentia historica est vel *interna* vel *externa* : illa ipsam jurisprudentiæ substantiam ingreditur, hæc adminiculum tantum est et requisitum. Historia juris interna est, quæ variarum rerum publicarum jura recenset : desidero tamen specialiorem recensionem, quid a quolibet tribuno per plebiscita, aut a quolibet consule per senatusconsulta, prætore per edicta et imperatore per constitutiones ordine innovatum sit, donec in hanc formam jus romanum crevit. »

vons de donner l'historique des différentes institutions dans le cours de l'ouvrage, quand nous traiterons de chaque institution en particulier.

En suivant l'histoire de l'organisation politique de Rome, nous sommes nécessairement amenés à distinguer différentes époques. La première est déterminée par la législation des Douze Tables; la seconde comprend la république et va jusqu'à l'avénement de l'empereur Auguste; la troisième finit avec Dioclétien et Constantin, qui imprimèrent le caractère oriental à la domination impériale; la quatrième enfin va jusqu'à la législation de Justinien, dernier terme du développement du droit romain. Dans un appendice, nous donnerons un tableau rapide des destinées ultérieures de cette législation tant en Orient qu'en Occident.

On a comparé le développement progressif et la décadence du droit romain à la vie humaine, en considérant la première époque comme celle de la formation et de l'enfance, la seconde comme l'époque de la jeunesse et du développement; la troisième est celle de la virilité ou de la perfection; enfin dans la quatrième nous trouvons les signes de la vieillesse et de la décrépitude.

Observation. Gibbon, de qui est la comparaison ingénieuse que nous venons d'indiquer, et beaucoup d'autres après lui, tout en admettant ces quatre époques, les déterminent d'une manière un peu différente. D'après eux, la seconde époque finit avec Cicéron; la troisième, avec l'empereur Alexandre Sévère. Cette division s'applique plus particulièrement, comme nous le verrons dans le cours de l'ouvrage, à l'histoire de la jurisprudence romaine; mais pour l'histoire du droit romain en général, celle que nous avons adoptée est plus convenable, parce que les époques sont déterminées par de grands changements opérés dans l'organisation de l'État et du pouvoir législatif.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'A LA LOI DES DOUZE TABLES.

1-304 de Rome. — 753-450 avant J.-C.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

ORGANISATION DE L'ÉTAT PENDANT LES DEUX PREMIERS SIÈCLES.

ORIGINE DE ROME.

1. Il paraît que Rome s'est formée de la réunion de deux peuplades, l'une d'origine osque ou latine, l'autre d'origine sabine, qui envahirent le territoire d'un autre peuple latin. La conquête fut probablement organisée sur le plan que les Romains suivirent plus tard dans les pays où ils envoyaient des colonies. Les habitants soumis furent tolérés et même reçus dans l'État, mais sans droits politiques. Une petite partie des terres leur fut laissée; le reste fut consacré au profit du nouvel État. Les deux peuples vainqueurs formèrent entre eux une fédération et finirent par se fondre en une seule nation [1]. Mais la différence de leur origine laisse encore sa trace dans les deux tribus, *Ramnes* et *Tities* ou *Titienses*, dont la première se compose des Osques ou *Prisci Latini* sous Romulus, et la seconde des Sabins ou Quirites sous Titus Tatius [2]. Les rois sont choisis

[1] Festus, v. *Quirites*. Au commencement il y avait deux nationalités distinctes. Servius, *ad Verg. Æn.*, VII, 709. « Sabini... ut in omnibus essent cives Romani, *excepta suffragii latione.* »

[2] Festus, v. *Dici* mos erat Romanis in omnibus sacrificiis precibusque, Populo Romano Quiritibusque, quod est Curensibus, quæ civitas Sabinorum potentissima fuit. » v. *Titienses* tribus a prænomine Tatii Regis appellata videtur. » — Varron, *de lingua latina*, V, 51 (IV, 8, col. 10 in-f. Gothofr. — p. 16, Bipont.). « Collis Quirinalis, ubi Quirini fanum : qui a Curetibus, qui cum T. Tatio Curibus venerunt Romam, quod ibi habuerunt castra. » *Voy.* encore Tite-Live, I, 13 : « Ita geminata urbe, ut Sabinis tamen aliquid daretur, Quirites a Curibus appellati. » — Denys d'Hal., II, 62. — Cic., *de republica*, II, 7. — Plutarque, *Romulus*, 19.

alternativement dans l'une de ces deux tribus.—Plus tard à ces deux tribus vint se joindre une troisième, les *Luceres,* probablement d'origine étrusque [3]. C'est par l'établissement de ces trois peuplades [3] sur les collines qui bordent la rive gauche du Tibre, à cinq lieues de son embouchure, que se forma la cité de Rome [4].

2. Chacune de ces tribus était divisée en dix curies, désignées par des noms particuliers [5]; chaque curie en dix décuries ou *gentes,* ayant également des noms distinctifs [6]: de manière que trois cents *gentes* formaient le peuple romain, *populus romanus Quiritium* [7]. Les *gentes* se composaient

[3] TITE-LIVE, I, 13 : « ..... Ramnenses a Romulo, ab Tito Tatio Titienses appellati. Lucerum nominis et originis causa incerta est. » – LE MÊME, I, 43. X, 6 : « Tres antiquæ tribus, Ramnes, Titienses, Luceres... » – DENYS D'HAL., II, 36. 37. – VARRON, *de lingua latina,* V, 55 (IV, 9, Gothofr. – p. 17, Bipont.) : « Ager romanus primum divisus in parteis tris, a quo tribus appellata Tatiensium, Ramnium, Lucerum : nominatæ, ut ait Ennius Tatienses a Tatio, Ramnenses a Romulo, Luceres (ut Junius) a Lucumone. Sed omnia hæc vocabula Tusca, ut Volnius, qui tragœdias tuscas scripsit, dicebat. » LE MÊME, V, 81. 89. 91 (IV, 14. 16 *in fine.* Gothofr. – p. 25 sq. Bip.). – CIC., *de republica,* II, 8. – FLORUS, III, 18. – FESTUS, VV. *Tuscum vicum. Cœlius. Lucumedi. Lucerenses* et Luceres, quæ pars tertia populi romani est distributa a Tatio et Romulo. Appellati sunt a Lucero, Ardeæ rege, qui auxilio fuit Romulo adversus Tatium bellanti. » Cf. SERVIUS, *ad Verg. Æn.,* V, 560.— PLUTARQUE, *Romulus,* 20 : « Τρίτους δὲ διὰ τὸ ἄλσος, εἰς ὃ πολλοὶ καταφυγόντες ἀσυλίας δεδομένης τοῦ πολιτεύματος μετέσχον. τὰ δὲ ἄλση λούκους ὀνομάζουσιν. »— PSEUDO-ASCONIUS *in Verrinas,* II, 1, 5. « Luceres a luco, quem asylum vocaverat Romulus. »

[4] D'après VARRON, *de l. l.,* V, 41 (IV, 5. 7; col. 8, 15 sq. col. 9, 3 sq. Gothofr. – p. 11. 14, Bip.), l'emplacement que choisirent les tondateurs de Rome aurait été occupé auparavant par une ville appelée *Septimontium.* « Ubi nunc est Roma, erat olim septimontium, nominatum ab tot montibus, quos postea urbs muris comprehendit. » Cf. FESTUS, V. *Sacrani* et SERVIUS *ad Verg. Æn.,* XI, 317. Les *septem montes,* d'après lesquels cette ville était nommée, ne sont point identiques avec les sept collines que l'on attribua plus tard à Rome : d'après une énumération de Festus, que nous aurons à mentionner plus tard, ils ne paraissent avoir compris que les collines appelées plus tard les monts Palatin et Esquilin et la plaine qui se trouve entre ces deux collines. Quant à la ville de Rome, elle ne renfermait à l'origine dans son *pomœrium* que les deux collines qui en forment encore aujourd'hui le centre, les monts Palatin et Capitolin. *Voy.,* ci-après, nº 22.

[5] CIC., *de republica,* II, 8. – TITE-LIVE, I, 13. – DENYS D'HAL., II, 7. – PLUTARQUE, *Romulus,* 20.– FESTUS, VV. *Curia. Novæ curiæ.* – LYDUS, *de magistratibus,* I, 16.

[6] Cette triple division du *populus romanus* correspond à celle du peuple d'Athènes en φυλαί, φράτραι et γένη. Il est à remarquer, au reste, que les termes *decuria* (ou plutôt δεκάς) et *decurio* pour désigner la dernière subdivision et le préposé de la décurie, ne se trouvent que chez DENYS D'HAL., II, 7. « Διῄρηντο δὲ καὶ εἰς δεκάδας αἱ φράτραι πρὸς αὐτοῦ, καὶ ἡγεμὼν ἑκάστην ἐκόσμει δεκάδα, δεκουρίων κατὰ τὴν ἐπιχώριον γλῶτταν προσαγορευόμενος. » Cependant AULU-GELLE, XVIII, 7, 5, emploie les mots *tribus* et *decuriæ,* comme appartenant au même ordre d'idées.

[7] Cf., ci-après, nº 10. Parmi le grand nombre de textes où se trouve cette qualification du peuple romain, nous nous bornons à citer VARRON, de *l. l.,* VI, 86 (V, 9, Gothofr. – p. 74 *in fine* Bipont). – TITE-LIVE, I, 32. VIII, 9. XLI, 16. — Quel est le rapport qui existe entre les deux termes qui la composent? Ces deux termes sont-ils synonymes, ou bien faut-il admettre qu'ils désignent deux peuplades différentes, en sous-entendant la conjonction ET : « populus romanus ET Quiritium », et en considérant *Quirites* comme désignant la tribu des Sabins (ci-dessus, note 2)? Ce sont là des questions d'une solution fort ardue.

de différentes familles [8], liées entre elles par des rapports politiques et religieux [9]. Les chefs de famille, *patres* [10], se divisaient en *seniores* et *juniores* [11]. Parmi les premiers étaient choisis les sénateurs; les *juniores* formaient la force armée [12]. Mais il est probable qu'après les premières

[8] Niebuhr et d'autres historiens modernes pensent que chaque *decuria* ou *gens* aurait eu dix familles. Cela est possible et peut même paraître probable si l'on admet que les tribus conquérantes avaient déjà, au moment de l'immigration, une organisation régulière. Cependant cela ne résulte pas nécessairement du mot δεκάς employé par Denys. Ce mot désigne, à la vérité, régulièrement une agrégation de dix; mais il est évident que Denys ne s'en sert que pour traduire le mot romain *decuria*, et ce mot n'a point cette signification exclusive. Ainsi, nous trouvons le sénat divisé en dix décuries, dont chacune paraît avoir eu trente-deux membres (Cic., *in Verrem*, II, 1, 61, et *Schol. Gronov. in Verr.*, I, 6, p. 392 Orelli, combinés avec Cic., *pro Cluentio*, 27. 37), et le nombre des membres qui composaient les décuries des juges et des appariteurs était bien supérieur à dix. Cf. ci-après, n[os] 66. 94. 102 et § 21.

[9] Le lien religieux se manifeste par la communauté des sacrifices (*sacra gentilicia*, ci-après, n° 13, note 30), des solennités funéraires et des lieux de sépulture (Cic., *Tuscul.*, I, 17; *de legibus*, II, 22.—Pline, *H. N.*, XXXV, 2, 3.—Velleius, Paterc., II, 191 *in fine*.—Suétone, *Neron*, 50.—Festus, v. *Cincia*); le lien politique, par la participation aux comices et à la défense de la patrie, par l'autonomie que la coutume romaine reconnaît à toute agrégation de citoyens, ayant un caractère politique, et qui va jusqu'au droit de punir des méfaits qui apparaissent comme des actes de félonie envers la communauté (Denys d'Hal., IX, 22. — Tite-Live, VI, 20. X, 23. XXXIX, 19. — Pline, *Hist. natur.*, XIX, 1, 2. XXXIII, 1, 6. — Suétone, *Tibère*, 1. Cf. ci-après, n° 17, note 2); enfin, par un droit éventuel de tutelle et d'hérédité (ci-après, notes 57 sqq.). C'est le nom commun, *nomen gentilicium*, qui fait connaître les membres de la *gens*, parmi lesquels il faut au reste distinguer deux groupes : d'abord le groupe supérieur, comprenant exclusivement les *patres*, participant en leur qualité de chef de famille d'origine continûment ingénue (ci-après, note 56) à l'exercice de la souveraineté nationale et à tous les droits de gentilité (aussi les appelle-t-on *gentiles* par excellence); ensuite, les autres membres, qu'on pourrait dire attachés à la *gens* (*genti insunt*) par des rapports de clientèle, comme dans les clans d'Ecosse (ci-après, n° 8). Le lien créé par la gentilité était héréditaire; mais il pouvait être rompu par l'entrée dans une autre *gens*. Cf. ci-après, n° 48 *in fine*.— Toute cette matière, au reste, est assez obscure et fort controversée, comme nous le dirons avec plus de détail dans l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[10] *Patres* sont les chefs de famille, les citoyens actifs qui participent à l'exercice de la souveraineté nationale, et non pas, comme on le dit parfois, exclusivement les sénateurs. *Patricius* est un dérivé qui comprend tout ce qui se rapporte aux *patres*, par conséquent aussi les descendants des chefs qui primitivement avaient constitué la cité romaine. Festus, v. « *Patricios* Cincius ait, in libro *de comitiis*, eos appellari solitos, qui nunc ingenui vocantur. » Dès lors, déjà à la deuxième génération, les membres du *populus* pouvaient être appelés *patres*, comme étant actuellement citoyens actifs, ou bien *patricii*, comme étant les descendants des fondateurs de Rome. Aussi oppose-t-on indifféremment *patres* ou *patricii* aux plébéiens. Cic., *de republica*, II, 12. 37. — Denys d'Hal., II, 8. — Tite-Live, I, 8. II, 23. 33. 42 : « Uno animo patres ac plebes Æquos pugna vicere. 43. Omnium illa die, qua patrum, qua plebis eximia virtus fuit. 56. Non populi, sed plebis magistratum. » II, 60. 64. III, 31. 65. IV, 1 « Connubium patrum ac plebis. » IV, 4. 8. 51 « A plebe, consensu populi, consulibus negotium mandatur. » VI, 41. 42. « Creati quinque patrum, quinque plebis ». IX, 34. — Festus, vv. *Plebeiæ. Plebeii. Populi.* — Servius, *ad Verg. Æn.*, VIII, 654. — Tite-Live, VI, 8, oppose même les *patres* au sénat. Cf. le même, IV, 51.

[11] Quelle était la limite d'âge qui séparait ces deux catégories? Probablement l'âge de quarante-cinq ans. Cf., ci-après, n° 24.

[12] Denys d'Hal., II, 16 *in fine*. — Plutarque, *Romulus*, 13. —Festus, v. *Celeres*.— Servius, *ad Verg. Æn.*, XI, 603. —Cf. Salluste, *Catilina*, 6.—Tite-Live, I, 13. 36. 43—.Denys d'Hal., II, 13. 64. — Florus, II, 1. — Isidore, *Orig.*, IX, 3.

conquêtes, les vainqueurs se réservèrent pour la cavalerie en prenant les fantassins parmi leurs clients et les peuplades soumises [13].

Les trois cents *gentes* assemblées, *comitia curiata*, votaient [14] les lois, délibéraient sur la guerre et la paix [15], jugeaient les crimes contre la chose publique [16], en un mot exerçaient la souveraineté nationale [17], sauf les actes d'exécution et le commandement militaire, qui étaient confiés à un chef élu à vie et appelé *Rex*, auquel les curies conféraient le pouvoir par un décret solennel, *lex curiata de imperio* [18].

3. Étant ainsi revêtu de la suprême ou plutôt de l'unique magistrature, le Roi exerçait au nom du peuple tous les pouvoirs qui sont susceptibles de délégation [19]. Il était investi de la suprême dignité sacerdotale et du commandement militaire qu'il exerçait, suivant les nécessités du moment, sans partage ni restriction. C'était lui qui avait le droit et le devoir de convoquer les assemblées des curies afin de leur soumettre les propositions qu'il paraissait nécessaire de leur faire et sur lesquelles elles votaient souverainement. Enfin, comme il devait veiller au maintien de la paix intérieure et de l'ordre, il se trouvait naturellement chargé de présider à l'administration de la justice et de prendre les mesures nécessaires pour l'exécution des décrets rendus à cette occasion [20]; mais il y avait appel de ses décisions à l'assemblée du peuple [21].

4. Entre le peuple et le roi se trouvait le sénat, formé des représen-

[13] Cf. ci-après, nº 24, note 36.

[14] Chaque *gens* votait séparément, mais il est probable que dans la *gens* on comptait *viritim*. Tite-Live, I, 43. – Denys d'Hal., IV, 20. – Aulu-Gelle, XV, 27.

[15] Cic., *de rep.*, II, 13. 22. – Denys d'Hal., II, 8. – 14 : « Τῷ δὲ δημοτικῷ πλήθει τρία ταῦτα ἐπέτρεψεν, ἀρχαιρεσιάζειν τε καὶ νόμους ἐπικυροῦν, καὶ περὶ πολέμου διαγινώσκειν. » Le même, IV, 13. 20. VI, 66.—L'historien grec, sous l'influence des idées de son époque, attribue ici à un octroi royal ce qui n'est que l'exercice naturel de la souveraineté nationale.

[16] *Voy.* ci-après, nº 17.

[17] Nous nous servons ici d'un terme que nous croyons exact, bien que nous lui donnions une signification sensiblement différente de celle qu'il a dans notre langage d'aujourd'hui. Parmi les actes des anciens comices, auxquels nous faisons allusion, nous remarquons, en effet, d'une part des opérations qui rentrent plutôt dans le domaine de la science, par exemple, le décrètement du calendrier, et d'autre part des actes qui, même par les Romains du temps de la république, n'étaient plus considérés que comme étant d'intérêt privé. *Voy.* ci-après, nº 10 *in fine* et nº 48 *in fine*.

[18] Cic., *de rep.*, II, 12. 13. 17. 18. 20. 21. – Tite-Live, I, 17. 22. 32. 35. 41. 46. 49. V, 46. 52. VI, 38. – Denys d'Hal., II, 60. III, 1. 36. 49. 59. IV, 16.

[19] Denys d'Halic., II, 14. « Πρῶτον μὲν ἱερῶν καὶ θυσιῶν ἡγεμονίαν ἔχειν.... ἔπειτα νόμων τε καὶ πατρίων ἐθισμῶν φυλακὴν ποιεῖσθαι .... βουλήν τε συνάγειν, καὶ δῆμον συγκαλεῖν, καὶ γνώμης ἄρχειν, καὶ τὰ δόξαντα τοῖς πλείοσιν ἐπιτελεῖν.... ἡγεμονίαν ἔχειν αὐτοκράτορα ἐν πολέμῳ. » — Cic., *de republica*, I, 10; *de legibus*, III, 3.

[20] *Voy.*, ci-après, nºˢ 17-20.

[21] Cic., *de rep.*, II, 31 : « *Provocationem* autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri... » (Cf. Sénèque, *epist.*, 108); *de oratore*, II, 48 : « Patronam illam civitatis ac vindicem libertatis »; *Tusculanes*, IV, 1. – Tite-Live, I, 26. Cf. le même, II, 1, combiné avec III, 55. X, 9. — Denys d'Hal., III, 22. Cf. le même, IV, 35. – Valère-Maxime, VIII, 1, 1. — *Voy.* encore, ci-après, notes 43 et suivantes

tants des *gentes* [22]. Il se composait dans le principe de cent, puis de deux cents membres; enfin, après la réception des Luceres, le nombre des sénateurs fut porté à trois cents, divisés en trente décuries [23]. Le sénat était le conseil et le surveillant du roi; il préparait régulièrement les projets de loi à porter devant les comices [24]. L'élection du roi se faisait également sur la proposition du sénat; et, en attendant que les curies eussent voté et conféré le pouvoir au roi élu, le sénat exerçait, en vertu d'une délégation populaire [25], ce pouvoir par des magistrats choisis dans son sein et appelés *interreges* [26].

5. Nous avons dit plus haut que le roi était revêtu de la suprême ou plutôt de l'unique magistrature du peuple romain. Cela est rigoureusement exact, mais n'exclut pas que l'exercice de telle ou telle partie des fonctions publiques ait pu être temporairement délégué à d'autres personnes. Ainsi le commandement de la cavalerie était confié à un *tribunus celerum* [27], dont la dignité était considérée comme la première après la magistrature suprême [28]. Quand le roi était absent de Rome, le doyen du sénat exerçait sous le nom de *custos* ou *præfectus urbis* les fonctions royales dans l'intérieur de la ville [29]. L'administration des finances était confiée par le roi à des employés de son choix qu'on appelait *quæstores* [30]. Le même nom était donné à des commissaires inquisiteurs que l'on char-

[22] Étaient-ils élus par les curies, ou bien choisis par le roi? La première hypothèse paraît plus conforme au développement naturel des choses; la seconde se trouve dans presque tous les auteurs de l'antiquité. Tite-Live, I, 8. — Festus, v. *Præteriti* et ailleurs. — D'après Denys d'Hal., II, 12, le roi aurait choisi un certain nombre de sénateurs; les autres, en nombre beaucoup plus considérable, auraient été le produit de l'élection populaire. Les détails qu'il donne à cet égard paraissent trop compliqués pour qu'on puisse y ajouter foi. Peut-être serait-il permis d'en conclure que les curies choisissaient les sénateurs, mais que le roi désignait, parmi les élus, un certain nombre pour lui servir de conseil ordinaire, comme le faisaient plus tard les consuls et les autres magistrats de la République.

[23] Tite-Live, I, 8. 30. 35. — Denys d'Hal., II, 12. 47. 57. III, 67. — Cic., *de rep.*, II, 20. — Plutarque, *Romulus*, 20; *Numa*, 2. — Zonaras, VII, 5. 8.

[24] Cic., *de republica*, II, 9. — Tite-Live, I, 49. — Denys d'Hal., II, 14.

[25] Denys d'Hal., III, 46. « *Μετὰ δὲ τοῦ Ἄγκου Μαρκίου θάνατον, ἡ βουλὴ πάλιν, ἐπιτρέψαντος αὐτῇ τοῦ δήμου πολιτείαν, ἣν ἐβούλετο, καταστήσασθαι, μένειν ἐπὶ τῆς αὐτῆς ἔγνω καὶ ἀποδείκνυσι μεσοβασιλεῖς...* » Le même, IV, 40. « ....*Ἐν γὰρ τοῖς πρότερον χρόνοις rel.* » — Cf. Tite-Live, IV, 7. 43.

[26] Cic., *de rep.*, II, 12. 17. 21. — Tite-Live, I, 17. 22. 32. — Denys d'Hal., II, 57. III, 1. 36. 46. IV, 40. 75. 80. — Plutarque, *Numa*, 2. — Appien, *de bellis civ.*, I, 98. — Servius, *ad Verg. Æn.*, VI, 809. — Zonaras, VII, 5. — Cf., ci-après, n° 61.

[27] Tite-Live, I, 59. — Denys d'Hal., IV, 71. — Pomponius, Fr. 2, § 15. 19, D., *de origine juris* 1, 2. — Lydus, *de magistratibus*, I, 14. — Cf. Tite-Live, I, 15 *in fine*. — Servius, *ad Verg. Æn.*, XI, 603.

[28] Pomponius et Lydus, *ll. ll.* Cette haute position rendait Brutus particulièrement propre à convoquer les comices qui décrétèrent la destitution et l'expulsion de Tarquin. Tite-Live et Denys d'Hal., *ll. ll.* — Servius, *ad Verg. Æn.*, VIII, 646. Cf. ci-après, note 42.

[29] *Voy.* ci-après, n° 57.

[30] *Voy.* ci-après, n° 60.

geait, quand il y avait lieu, de la poursuite des méfaits qui appelaient la vindicte publique, *quæstores* ou *duoviri perduellionis* et *parricidii* [31]. Les tribus, les curies et les décuries avaient des préposés (*tribuni, curiones, decuriones*), sur les attributions desquels nous n'avons pas de renseignements précis [32]. Enfin les diverses branches du pouvoir religieux étaient confiées à des autorités auxquelles nous consacrerons un paragraphe particulier [33].

6. D'après le tableau que nous venons d'esquisser, la constitution originaire des Quirites était démocratique avec un chef élu à vie et un conseil représentatif. Autrefois on était accoutumé à considérer le régime primitif de Rome comme une monarchie absolue. Cette manière de voir est plus conforme à la lettre des renseignements que les anciens nous ont laissés [34]; mais elle est incompatible avec la nature des choses et avec les faits historiques. Cependant elle a repris quelque faveur dans les derniers temps, grâce aux efforts qu'on a faits pour lui donner l'apparence d'une base rationnelle, en invoquant l'analogie de la puissance paternelle et l'élément religieux. Nous ne suivrons pas les partisans de cette opinion sur le terrain religieux où l'imagination tient lieu de raisonnement [35]; mais nous croyons utile de présenter quelques considérations qui suffiront pour démontrer que la prétendue analogie entre le pouvoir royal et la puissance paternelle manque de tout fondement. Ces deux puissances n'ont de commun que la forme monarchique sous laquelle elles se manifestent extérieurement : encore cette ressemblance est-elle purement accidentelle, car la légende historique nous montre, dans les premiers temps, deux rois régnant ensemble. Quant à leur origine et à leur nature, elles diffèrent

[31] *Voy.*, ci-après, n°s 17 et 20.

[32] Denys d'Hal., II, 7, mentionne ces trois catégories de préposés dans l'ordre civil (Cf. Pomponius, Fr. 2, § 20, D., *de origine juris*, 1, 2), et plus loin dans l'ordre militaire. Cf. Varron, *de l. l.*, V, 81. 91 (IV, 14. 16. Gothofr. – p. 24. 27, Bipont.). – Lydus, *de magistratibus*, I, 9. — La dignité de tribun militaire subsiste jusque sous l'empire, tout en subissant des modifications variées; les tribuns civils des anciennes tribus génétiques, les curions et décurions militaires et civils disparaissent assez tôt, mais nous trouvons, jusque sous l'empire, des *curiones*, chefs religieux. *Voy.*, ci-après, n° 13.

[33] *Voy.*, ci-après, n°s 11. 12. 13.

[34] Nous trouvons cependant aussi des passages dans un sens contraire. Ainsi, chez Denys d'Hal., IV, 33-37, Servius Tullius reconnaît hautement que la source du pouvoir royal est dans le peuple et demande aux Quirites d'être juges entre lui et Tarquin.

[35] Faisons cependant observer que ces historiens, en représentant la religion comme source de la puissance absolue des rois, commettent une pétition de principe. Jamais à Rome la religion n'a été placée en dehors, moins encore au-dessus du pouvoir politique : loin de là, elle était subordonnée à ce pouvoir. Si le roi est investi de la suprématie religieuse, c'est parce qu'il est le chef politique. Il est vrai que de bonne heure déjà la superstition religieuse acquiert une certaine influence indépendante et agit sur les affaires publiques; mais l'exemple d'Attus Navius prouve que cette influence peut se faire sentir en opposition au pouvoir royal. Cf., ci-après, n° 9 *in fine*.

du tout au tout. Le père de famille tient sa puissance de lui-même, soit par droit de naissance [36], soit en procréant ou en achetant les personnes qui lui sont soumises : aussi ces personnes lui appartiennent en propre, ce qu'elles produisent est à lui, il est maître de leur vie, il les vend, les loue, les donne en gage [37]. Au roi, par contre, le pouvoir et la dignité viennent du dehors : la dignité, de l'élection populaire; le pouvoir, de la délégation que la nation lui en fait [38]. Ce pouvoir est grand, illimité, n'admettant aucune opposition; mais c'est sans raison qu'on a voulu faire valoir ce fait à l'appui du caractère absolu de la royauté. Si le roi jouit d'un pouvoir arbitraire, c'est qu'il est le délégué de la souveraineté nationale, et le même privilége appartient sous la république à tout magistrat, même aux magistrats mineurs [39]. D'ailleurs, le citoyen, tout en étant exposé aux abus du pouvoir, n'est pas sans défense : il lui reste l'appel au souverain, c'est-à-dire, au peuple, devant lequel le magistrat doit s'incliner, comme le simple particulier [40]. L'on a encore fait valoir que le peuple ne pouvait s'assembler que sur la convocation du roi et que les curies, dépourvues de toute initiative, n'avaient d'autre droit que d'adopter ou de rejeter les propositions qui leur étaient soumises, sans pouvoir y apporter de changements; d'où la conséquence que l'action politique de la nation dépendait du bon vouloir des rois. Sans nous étendre sur le défaut d'initiative, qui était probablement moins absolu qu'on ne le dit habituellement [41], nous ferons observer que la conclusion qu'on tire du fait invoqué repose sur une appréciation erronée de ce fait. Au lieu d'affirmer que le roi pouvait, selon son bon plaisir, convoquer ou ne pas convoquer les comices, il serait plus exact de dire qu'il était obligé de le faire toutes les fois qu'il paraissait nécessaire ou utile de produire une manifestation de souveraineté. Dans les temps primitifs, le peuple n'éprouve guère le besoin de légiférer, d'autant moins que généralement toute loi porte plus ou moins atteinte à l'indépendance individuelle. C'est plutôt le roi qui, pour des raisons quelconques, aura un intérêt à réaliser un changement

[36] Il est intéressant de faire observer que l'histoire de Rome ne nous montre pas un seul roi qui ait eu pour successeur son descendant ou son héritier civil, observation que Servius Tullius fait également dans le discours relaté par Denys d'Hal., IV, 34.

[37] *Voy.*, ci-après, tome III, §§ 325 sq. 330.

[38] *Voy.*, ci-dessus, p. 31, note 18. Cf. Salluste, *Catilina*, 6. « Legitimum imperium. »

[39] *Voy.*, ci-après, n° 52. C'est en appliquant à la société romaine des idées modernes qu'on a conclu du pouvoir arbitraire au pouvoir absolu. Une autre cause de confusion provient de ce que l'on rapporte fréquemment au *populus* ce qui n'est vrai que pour la plèbe. Cf., ci-après, note 44 *in fine*.

[40] Aussi la procédure, qui suit l'appel au peuple, est-elle considérée comme une lutte, *certatio*, entre l'appelant et le magistrat dont appel. *Voy.*, *ci-après*, n° 90, note 16.

[41] Sur l'appel d'Horace, le peuple l'absout de la peine de mort que les *duoviri perduellionis* lui avaient infligée, mais lui impose d'autres peines expiatoires. Ceci montre bien certainement qu'il y avait moyen de faire des amendements. *Voy.* encore ci-après, n°s 91 et 114.

dans le droit existant, comme aussi à solliciter l'adhésion de la nation à une guerre contre l'ennemi. D'ailleurs, si, dans un cas donné, il arrivait que le roi fût assez oublieux de ses devoirs pour ne pas faire une convocation nécessaire, les Quirites se seraient certes passés de son initiative, comme l'histoire le prouve d'ailleurs par le décret qui mit fin au règne de Tarquin le Superbe [42]. — Nous avons dit plus haut que le citoyen menacé d'être victime d'un abus du pouvoir royal avait le droit d'appel au peuple. Ce fait est établi par les témoignages les plus certains [43]; mais on comprend que les partisans du pouvoir absolu cherchent à l'écarter. Aucuns d'entre eux vont jusqu'à nier entièrement le droit d'appel, en soutenant que le passage de Cicéron, qui le constate d'une manière si certaine, s'applique, non pas au roi, mais aux *duoviri perduellionis*, ou que tout au moins il ne s'y agit que d'un fait isolé, le procès d'Horace; d'autres, plus modestes, soutiennent que l'appel au peuple n'avait lieu qu'en matière de juridiction criminelle [44]. Mais ces échappatoires sont inadmissibles. Non-

[42] *Voy.*, ci-après, nº 25. Qu'on ne nous objecte pas que l'assemblée qui rendit ce décret avait été convoquée par un personnage officiel, le *tribunus celerum* Brutus. Rien ne prouve que cet officier de cavalerie ait eu le pouvoir constitutionnel de convoquer les comices : le contraire est beaucoup plus probable. D'ailleurs, si le hasard n'avait pas fait agir le tribun, il est bien certain qu'il se serait trouvé d'autres citoyens pour réunir le peuple.

[43] *Voy.* ci-après, note 46 et ci-dessus, p. 31, note 21.

[44] Les premiers altèrent ouvertement la réalité des faits, comme on le verra par la lecture du passage de Cicéron transcrit ci-après, à la note 46. Les seconds n'en sont pas fort éloignés, témoin le raisonnement d'un des grands érudits de nos jours, qui, à l'appui de sa thèse, invoque Tite-Live, II, 29, verbis : *Id adeo malum*, où le patricien Appius Claudius, en se plaignant de l'esprit mutin de la plèbe, s'écrie que tout le mal provient de l'appel au peuple, en ajoutant, suivant notre auteur : « que, par suite de cet appel, les consuls ne peuvent plus punir, mais seulement menacer. » Notre érudit continue ensuite : « Pour mettre fin à cette désobéissance, on élit un dictateur dont le pouvoir, étant l'ancien pouvoir royal, n'est point sujet à provocation. De là il résulte médiatement que les rois, dans leur pouvoir coercitif, n'étaient point limités par l'appel au peuple. C'est ce que d'ailleurs Denys, VI, 24, fait dire à Appius d'une manière bien plus formelle encore. » A cette argumentation il n'y a que trois objections à faire : 1º Tite-Live ne dit point ce qu'on lui fait dire. Dans le passage cité, Appius se plaint, à la vérité, de ce que les consuls n'ont PAS le pouvoir de punir; mais il ne dit point qu'ils n'ont PLUS ce pouvoir. Le mot PLUS, sur lequel repose toute l'argumentation de notre érudit est de son invention. 2º Quant à l'argument, tiré de l'analogie de la royauté et de la dictature, il n'est d'abord pas certain que le dictateur ait été constitutionnellement au-dessus de l'appel au peuple, comme nous le verrons ci-après, au nº 62. Mais, quand même nous voudrions accorder ce point, l'argument ne serait pas concluant. Car les anciens proclament aussi bien haut l'analogie du pouvoir royal et du pouvoir consulaire (note 47); et il est bien constant que les consuls étaient soumis à l'appel. 3º Enfin, dans le fameux passage de Denys, VI, 24, il n'est pas même question de l'appel au peuple. Il est vrai que notre honorable adversaire parait y rapporter les deux lignes dans lesquelles Appius regrette que les plébéiens soient aujourd'hui affranchis des impôts qu'ils payaient autrefois aux rois et « des peines corporelles qui leur étaient infligées quand ils se montraient désobéissants, τῶν ἐς τὸ σῶμα τιμωριῶν, ἃις ἐκολάζοντο ὑπ' αὐτῶν, ὅποτε μὴ ταχέως ὑπηρετήσειάν τι τῶν επιταττομένων, ἐλεύθεροι γεγονότες ». Nous voulons bien admettre cette interprétation; mais elle ne sert guère la thèse qu'elle doit prouver. De ce que les plébéiens n'ont pas eu le droit d'appel, s'ensuit-il que les membres du *populus* en auraient été privés? Poser la question, c'est la résoudre.

seulement Cicéron, en affirmant que le droit d'appel est constaté par les livres des pontifes et des augures [45], n'ajoute aucune restriction ni limitation, mais il met cet appel sur la même ligne que celui qui fut plus tard consacré par la loi *Valeria* contre les actes des magistrats de la république [46]. Le pouvoir royal était donc (comme cela est, au reste, formellement énoncé ailleurs) en tout semblable au pouvoir dont furent investis plus tard les préteurs et les consuls, avec cette nuance que ce dernier, partagé entre deux titulaires, restreint à un an et soumis à l'influence toujours croissante du sénat, devait naturellement se manifester d'une manière moins énergique que le pouvoir d'un chef unique, élu pour la vie et placé au-dessus du sénat [47].

7. Observation. Dans le paragraphe qui précède, nous avons touché une des questions les plus obscures de l'histoire romaine, celle des *gentes*. D'après l'opinion qui, dans les temps modernes, a trouvé le plus de faveur, la *gens* aurait été une agrégation de familles provenant d'une souche commune, c'est-à-dire de branches diverses d'une seule et même maison, mais dont la parenté ne peut être établie d'une manière certaine. Niebuhr a combattu cette manière de voir, en soutenant que les *gentes* constituaient une division essentiellement et exclusivement politique du *populus romanus,* identique avec les décuries [48]. Nous avons suivi cette hypothèse, par la raison qu'elle seule permet de donner à l'institution dont il s'agit un sens précis et que d'ailleurs elle s'accorde parfaitement avec les faits et avec les témoignages précis des anciens. Le témoignage le plus important nous est fourni par Denys d'Halicarnasse qui, d'une part, mentionne expressément les décuries comme une subdivision politique de la curie, alors que partout ailleurs la subdivision des curies est qualifiée de *gens* [49], et qui, d'autre part, en énumérant les sacrifices communs

[45] Ce témoignage est d'autant plus important, que Cicéron nous dit ailleurs, qu'il connaît les livres des pontifes pour les avoir lus lui-même.

[46] Voici le passage dont il s'agit : Cic., *de republica,* II, 31 : « ... Idemque... Publicola... legem ad populum tulit eam quæ centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret neque verberaret. Provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales. Itemque ab omni judicio pœnaque provocar ilicere indicant duodecim tabulæ compluribus legibus *rel.?* — Sénèque, *epist.* 108, en reproduisant l'assertion de Cicéron, n'ajoute pas non plus aucune restriction.

[47] *Voy.*, ci-après, n° 25.

[48] Niebuhr, *Römische Geschichte,* tome I, p. 321 sqq. de la quatrième édition (t. I, p. 299 sqq. de la traduction française de Golbéry, édition de Bruxelles). Niebuhr a trouvé de nombreux partisans et adversaires. Parmi les premiers, nous devons signaler M. Giraud qui, dans une belle dissertation, *De la gentilité romaine,* a reproduit et complété l'argumentation du maître. Cette dissertation, qui a d'abord paru dans la *Revue de législation et de jurisprudence* (1846, t. III, p. 385-435), a aussi été publiée séparément sous le même titre.

[49] Denys d'Hal., II, 7 : « *Διῄρηντο δὲ καὶ εἰς δεκάδας αἱ φράτραι πρὸς αὐτοῦ καὶ ἡγεμὼν ἑκάστην ἐκόσμει δεκάδα, δεκουρίων κατὰ τὴν ἐπιχώριον γλῶτταν προσαγορευόμενος.* » Cf., ci-dessus, note 6.

aux trois divisions du *populus*, qualifie de συγγενικαὶ ἱερωσύναι (ce qui est évidemment synonyme de *gentilicia sacra*) les sacrifices confiés aux décuries [50]. C'est aussi à l'aide de l'hypothèse de Niebuhr qu'on s'explique le grand nombre de membres qu'une *gens* pouvait comprendre [51] et le fait que les patriciens seuls avaient des *gentes* [52]. Par contre, l'opinion commune ne peut (en dehors de l'étymologie dont l'autorité est complétement paralysée par l'analogie grecque [53]) invoquer aucun témoignage historique [54] et se trouve contredite par les faits que nous venons de mentionner [55]. Il est vraisemblable, à la vérité, qu'en faisant la division politique on a tenu compte, autant que possible, de l'origine des citoyens qui devaient se trouver réunis dans chaque curie et dans chaque décurie; mais ce qui prouve incontestablement que l'origine commune n'était point un élément essentiel de la gentilité, c'est un passage de Cicéron, dans lequel cet auteur, après avoir indiqué qu'il entend donner une définition complète du mot *gentilis*, énumère quatre conditions parmi lesquelles ne se trouvent ni l'origine commune, ni la parenté [56]. Ce qui a contribué à accréditer l'opinion commune, c'est le droit de succession *ab intestat* que la législation primitive accordait aux *gentiles*. L'ancien droit, consacré par la loi des Douze Tables, déférait, en effet, la succes-

50 Denys d'Hal., II, 21, combiné avec II, 7.

51 Les anciens donnent à la *gens Fabia* trois cent six hommes en état de porter les armes et même plus de mille à la *gens Claudia*, ce qui fait supposer un effectif de douze cents et de quatre mille personnes des deux sexes. Tite-Live, II, 49. 50. — Denys d'Hal., V, 40.

52 Tite-Live, X, 8 : « .... Semper ista audita sunt eadem : Penes vos (patricios) auspicia esse, vos solos gentes habere. » — Le même, III, 33. 72. VI, 11. — Aulu-Gelle, X, 20, 5. XVII, 21, 27.

53 Il est, en effet, constant que la qualité de γεννητής, membre d'un γένος à Athènes, n'implique aucun lien de parenté. Cela résulte d'un passage d'Aristote qui nous a été conservé par un scoliaste de Platon, *in Axiochum* (p. 233, Ruhnken), de Pollux, VIII, 9, 11 (qui invoque également un passage d'Aristote), ainsi que du témoignage des lexicographes suivants : Mœris, λέξεις Ἀττικῶν, Harpocration, Hesychius et Suidas, v. Γεννηταί. Cf. Niebuhr, *l. l.*, p. 327, et M. Giraud, *l. l.*

54 L'on cite, à la vérité, deux textes, l'un de Varron, *de lingua latina*, VIII, 4 (VII, 2, Gothofredus. — p. 104, Bipont.) : « Ut in hominibus quædam sunt cognationes ac gentilitates, sic in verbis. Ut enim ab Æmilio homines (*lisez :* homine) orti Æmilii ac gentiles, sic ab Æmilii nomine declinatæ voces in gentilitate nominali... »; l'autre, de Festus, v. *Gentilis* dicitur et ex eodem genere ortus, et qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius : gentiles mihi sunt qui meo nomine appellantur. » Mais le premier texte n'est pas assez précis pour qu'on en puisse inférer que tous les membres de la *gens Æmilia* descendent d'Æmilius ; et, quant au second, si on veut lui accorder force probante, il prouverait plutôt contre l'opinion commune, puisqu'il distingue parmi les *gentiles* deux catégories : ceux *qui eodem genere orti sunt* et ceux *qui simili nomine appellantur.*

55 *Voy.*, ci-dessus, notes 37 et 38.

56 Cic., *Topica*, 6 : « Gentiles sunt, qui *inter se eodem nomine sunt.* Non est satis. *Qui ab ingenuis oriundi sunt.* Ne id quidem satis est. *Quorum majorum nemo servitutem servivit.* Abest etiam nunc. *Qui capite non sunt deminuti.* Hoc fortasse satis est : Nihil enim video Scævolam, pontificem, ad hanc definitionem addidisse. » Que l'on n'objecte point que dans cette définition il n'est pas plus question de patriciat que de parenté : du temps de Cicéron, les *gentes* avaient cessé d'être exclusivement patriciennes. *Voy.*, ci-après, n° 39.

sion du père de famille décédé sans testament, en premier lieu aux *sui*, c'est-à-dire, aux membres de la famille qui se trouvaient, au moment du décès, sous sa puissance; ensuite aux autres parents, *adgnati*; enfin, à défaut d'agnats, aux *gentiles* [57]. Partant de cette disposition et prenant l'agnation, c'est-à-dire la parenté civile, comme l'unique base de l'hérédité *ab intestat*, l'on a cru trouver dans ces trois classes une gradation parfaite de cette parenté : la première classe comprenant les parents les plus proches; la seconde, les parents plus éloignés; la troisième, les parents plus éloignés encore, éloignés à ce point qu'il n'est plus possible d'établir la parenté. Il n'est pas à méconnaître que cette gradation, à la première vue, ne paraisse prêter un grand appui aux partisans de l'opinion commune; mais, en l'examinant de plus près, l'on s'aperçoit que la conclusion qu'ils en tirent manque de tout fondement. D'abord, en effet, une parenté qui ne peut être établie n'est rien au point de vue du droit [58]. Ensuite il est certain, non-seulement que le droit de succession fondé sur la gentilité n'exige aucune apparence de parenté, mais qu'il existe pleinement dans des cas où il ne peut être question de parenté. Le seul texte des anciens qui nous donne un renseignement précis sur ce droit de succession se rapporte à un procès dans lequel les *Claudii patricii* réclamaient, en qualité de *gentiles*, la succession d'un individu, fils d'un affranchi de la famille plébéienne des *Claudii Marcelli* [59]. Or, il saute aux yeux que les *Claudii patricii*, tout en invoquant leur droit de gentilité, ne prétendaient en aucune façon d'être parents du défunt, et qu'ils auraient même été fort scandalisés si on les avait soupçonnés d'être en rapport d'agnation, à quelque degré que ce fût, avec un affranchi ou fils d'affranchi [60]. — Terminons en rappelant que tout ce que nous venons de dire se

[57] Voici le texte probable de la loi des Douze Tables : SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC SIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. SI ADGNATUS NEC ECSIT, GENTILIS FAMILIAM NANCITOR. Pour les détails, *voy.*, ci-après, t. III, § 360.

[58] A ce propos, M. WALTER, *Geschichte des römischen Rechts*, § 14, fait observer avec raison, que l'opinion commune est encore incompatible avec la définition de Cicéron, par la raison que cette définition exige la preuve d'une origine continûment ingénue, laquelle preuve devait évidemment être fournie au moyen de tableaux généalogiques, en présence desquels il ne pouvait plus y avoir d'incertitude sur le fait de la parenté.

[59] CIC., *de oratore*, I, 39 : « Quid? Qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri judicarunt, cum Marcelli ab liberti filio STIRPE, Claudii patricii ejusdem hominis hereditatem GENTE ad se rediisse dicerent : nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis et gentilitatis jure dicendum? » *Voy.* sur ce procès, ci-après, t. III, § 370, notes 19 et 43.

[60] L'on pourrait objecter qu'on n'entend exiger la parenté que pour les membres qui forment le groupe supérieur de l'agrégation gentile. Réduite à cette proportion, la thèse n'a plus le caractère évident d'absurdité et d'impossibilité qu'elle revêt quand on la prend dans un sens général, embrassant tous les membres de la *gens*. Mais elle n'en reste pas moins dépourvue de toute preuve. D'une part, en effet, elle ne peut, en dehors de la conclusion tirée du droit de succession, produire aucun argument d'apparence sérieuse; d'autre part, il est constant que ce droit de succession ne suppose aucun lien de parenté.

rapporte aux *gentes* des temps primitifs; que l'importance politique des *gentes* s'effaça naturellement à mesure que la prééminence des patriciens s'évanouit et que, sous la république, nous voyons apparaître des *gentes plebeiæ* [61]; que dans les premiers temps de l'empire le droit d'hérédité des *gentiles* subsista encore [62], mais que, vers le milieu du deuxième siècle de l'ère chrétienne déjà, le jurisconsulte Gaius parle du *jus gentilicium* comme d'une institution tombée en désuétude [63].

DES CLIENTS ET DE LA PLÈBE.

8. La constitution originaire de Rome était donc démocratique avec un chef électif et un conseil représentatif. Mais elle renfermait d'autres éléments qui la rendirent bientôt aristocratique, savoir les clients et la plèbe.

On appelait clients les habitants du territoire qui, dénués de propriété foncière, n'existaient dans la cité que par la protection d'un membre du *populus,* sous le patronat duquel ils s'étaient mis [1]. Telle était naturellement la condition des vaincus que la conquête avait dépouillés de leurs terres et des étrangers qui, attirés par l'asile, accouraient à Rome. Il est encore probable que les conquérants, en arrivant dans le pays, étaient déjà accompagnés ou suivis de clients : car la clientèle est une institution qui se retrouve chez presque tous les peuples d'Italie [2]. Enfin, le nombre des clients s'accrut encore par les affranchissements d'esclaves [3], et il est probable que, dans les premiers temps, plus d'un plébéien s'estima heureux d'échanger une indépendance précaire contre une existence moins libre, mais plus assurée et plus avantageuse. Les clients, comme nous l'avons dit, n'existaient dans l'État que par la protection de

61 *Voy.*, ci-après, nº 39.

62 Suétone, *César*, 1.

63 Gaius, III, 17, et, ci-après, tome III, § 360, nº 3.

1 Voici les principaux passages qui nous fournissent des renseignements sur la clientèle : Denys d'Hal., II, 9. 10. — Plutarque, *Romulus*, 13. — Aulu-Gelle, V, 13. XX, 1. Cf., ci-après, notes 6-10.

2 Denys d'Hal., II, 46. V, 40. IX, 5. X, 14. — Tite-Live, II, 16. V, 1. XXIII, 2, 7. — Nonius Marcellus, II, 1.

3 Il est certain que l'affranchissement faisait entrer l'affranchi dans la clientèle de son ancien maître (Denys, IV, 23 *in fine*. — Tite-Live, XLIII, 16 : « .... libertinus cliens...), lequel, au reste, jusque dans les derniers temps a conservé le nom de *patronus*. Cependant le patronat sur les affranchis renferme des pouvoirs plus étendus, appartenant à un autre ordre d'idées, au droit privé. C'est pourquoi il fut réglementé d'une manière fort précise par la loi, tandis que la simple clientèle était plutôt régie par les mœurs. C'est pourquoi aussi il survécut à l'ancienne clientèle. Tandis que celle-ci s'affaiblit au point de s'évanouir vers la fin de la république, les droits de patronat sur l'affranchi subsistent encore dans la législation de Justinien et de ses successeurs. *Voy.*, ci-après, t. III, §§ 357. 370.

leur patron dont ils grossissaient la *gens* [4], protection qui se manifestait aussi dans l'ordre matériel par l'octroi de terres à cultiver [5]. En échange de cette protection, ils devaient au patron hommage et services, ils le suivaient à la guerre et étaient en général tenus de l'assister de leur personne et même, le cas échéant, de leur fortune [6]. L'on a comparé les clients aux vassaux du moyen âge et aux *clansmen* d'Écosse [7]. La deuxième comparaison paraît plus exacte, car les rapports [8] créés par ce lien, qui se transmettait de génération en génération, impliquaient un dévouement réciproque, énergiquement consacré par la coutume [9] et même par la loi, dont la sévérité allait jusqu'à menacer de la peine de mort le patron ou le client qui trahirait ses devoirs [10]. C'est en grande partie sur cette institution, que reposait la puissance des *gentes* patriciennes, dans lesquelles les clients se comptaient par milliers [11]. Grâce à ce grand nombre de clients et à leur dévouement, les Quirites pouvaient se maintenir contre l'ennemi du dehors; mais ils ne tardèrent pas à s'en servir même à l'intérieur pour combattre les exigences de la plèbe [12].

9. Les plébéiens étaient les habitants libres du territoire conquis,

[4] Denys, II, 10, analyse les différentes manifestations de la protection due par le patron, en nous disant qu'il est tenu de faire connaître à ses clients le droit qu'ils ignorent, de les représenter en justice et de les aider en général dans les affaires où ils ont besoin d'assistance. Cf. Cic., *de oratore*, III, 33. — Horace, *Epist.*, II, 1, 104.

[5] Festus, v. *Patres*, ci-après, n° 15.

[6] *A*) Denys d'Hal., VI, 47. VII, 19. IX, 15. X, 43. — *B*) Assister de leur fortune : pour doter les filles du patron, pour racheter de la captivité de guerre les membres de la famille patronale, pour contribuer au payement des amendes infligées au patron et aux dépenses occasionnées par les magistratures et les honneurs dont il pouvait être revêtu. Cf. Tite-Live, V, 32. XXXVIII, 60.

[7] Vico, *Scienza nuova*, I, p. 65-95. IV, p. 465, 510. — Le même, *de universi juris principio*, c. 129. — Filangieri, *Scienza della legislazione*, IV, 11. — Blackstone, livre II, chapitre V.

[8] Denys, II, 10 : «... προγονικὰς διαδοχὰς τῶν πατρωνιῶν.... »—Lex (Acilia) repetundarum, lin. 10 : « .... quoiave in fide is erit, maioresque in maiorum fide fuerint... » *Ibid.*, l. 33. — Dans l'origine, il en était probablement de même de la condition des affranchis ; mais déjà vers la fin de la république, il paraît que le droit de patronat s'arrêtait à la première génération de l'affranchi et du temps des jurisconsultes classiques, il est restreint à la personne de l'affranchi, dont les descendants sont libres de toute soumission. Cf., ci-après, t. III, §§ 337. 370.

[9] Denys d'Hal. énumère parmi les devoirs réciproques : de ne porter d'accusation, ni témoignage, ni suffrage l'un contre l'autre, κοινῇ δ' ἀμφοτέροις οὔτε ὅσιον οὔτε θέμις ἦν κατηγορεῖν ἀλλήλων ἐπὶ δίκαις, ἢ καταμαρτυρεῖν, ἢ ψῆφον ἐναντίαν ἐπιφέρειν, ἢ μετα τῶν ἐχθρῶν ἐξετάζεσθαι......... »—Aulu-Gelle, XX, 1, 40. « Sic clientem in fidem acceptum cariorem haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit (Romulus). Neque peius ullum facinus existimandum est quam si cui probaretur clientem divisui habuisse... » Le même, V, 13, entre dans de plus grands détails à ce sujet.

[10] La loi des Douze Tables, dont le texte nous est conservé par Servius, *ad Verg. Æn.*, VI, 609, ne parle que du patron : Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto. Mais il va de soi que la même peine menaçait le client, comme le dit au reste formellement Denys, II, 10.

[11] Cf., ci-dessus, page 37, note 51.

[12] *Voy.*, ci-après, note 22 et n° 26.

auxquels on avait laissé des terres [13]. Ils étaient reçus comme membres de l'État, mais ils n'avaient aucune part à l'exercice de la souveraineté nationale [14]. Étant ainsi en dehors du *populus romanus,* ils n'avaient pas même, d'après l'usage italique, le *connubium* avec les familles des *gentiles,* c'est-à-dire qu'il ne pouvait y avoir de mariage civilement valable entre plébéiens et patriciens [15]. Le nombre des plébéiens, d'abord peu considérable, s'accrut à mesure que s'étendirent les conquêtes du peuple romain [16]. Ainsi ils ne tardèrent pas à acquérir une certaine importance, à tel point que dès le deuxième siècle, les rois cherchèrent en eux des alliés contre l'autorité jalouse des patriciens et du sénat. Tullius Hostilius abandonna à des plébéiens pauvres des terres comprises dans le domaine royal; Ancus Martius fit également des distributions de terre et nous est représenté comme courtisan de la faveur populaire [17]; enfin, il paraît que Tarquin l'Ancien eut l'intention d'assimiler les deux fractions du peuple. Il dut cependant se borner à faire recevoir dans les curies un certain nombre de familles nobles plébéiennes, qui prirent alors le nom de *Ramnes*, *Tities*, *Luceres secundi* ou *patres minorum gentium* [18]. Le reste des plébéiens demeura sans droits et sans organisation, jusqu'à ce que Servius Tullius, par ses réformes, les élevât à la dignité de citoyens actifs [19].

10. Observation. C'est Niebuhr qui le premier nous a fait connaître la véritable nature de la plèbe [20]. Avant lui on considérait généralement les plébéiens comme les clients des *patres*, et on les représentait comme des mutins soulevés contre leurs maîtres légitimes. Mais ce savant a prouvé que ce qu'on appelait leur rébellion continuelle n'est que la lutte généreuse que tout peuple opprimé doit nécessairement et fatalement engager

[13] Cic., *de republica,* II, 18; *pro Balbo,* 13.—Tite-Live, I, 33.—Denys d'Hal., II, 8. 9. III, 29. 31.—Plutarque, *Romulus,* 13.—Parfois aussi on recevait parmi les patriciens les familles nobles des villes soumises. Tite-Live, I, 30.— Denys d'Hal., III, 29. — Cf., ci-après, nº 68.

[14] *Voy.* l'observation ajoutée au présent paragraphe.

[15] Cic., *de republica,* II, 37. — Denys d'Hal., X, 60. — Tite-Live, IV, 4. Cf., ci-après, nº 35.

[16] Romulus avait déjà transplanté à Rome les habitants d'Antemnes, de Cénine et de Crustuminum. Tite-Live, I, 11.—Denys d'Hal., II, 35. 36. 50. 62. 76.—La conquête d'Albe la Longue, dont Tullus Hostilius enleva un grand nombre d'habitants pour les établir sur le mont *Cœlius,* augmenta considérablement le nombre des plébéiens. Tite-Live, I, 30. — Denys, III, 29, 37. — Valère-Maxime, III, 4, 1.—Ancus Martius assigna le mont Aventin comme demeure aux habitants de quatre villes latines conquises. Cic., *de rep.*, II, 18.—Tite-Live, I, 33. 38.—Denys, III, 38.— Zonaras, VII, 7.

[17] *Voy.*, ci-après, nº 21, note 1, et Vergile, *Æn.*, VI, 816 sq. : « .... Ancus.... nimium gaudens popularibus auris. » — Zonaras, VII, 7 : « ἐπιεικὴς δὲ ὢν. »

[18] Cic., *de rep.*, II, 20. Cf. le même, *ad famil.*, II, 21, 2; *Tuscul.*, I, 13.—Denys d'Hal., III, 67. 71. 72. — Tite-Live, I, 35. 36. 47. — Suétone, *Octave*, 2. — Festus, v. *Navia. Sex Vestæ sacerdotes,* ci-après, nº 12, note 13. — Zonaras, VII, 3. 8.

[19] *Voy.*, ci-après, nºs 23 et suivants.

[20] Niebuhr, *Römische Geschichte,* t. I, p. 422-430 de la quatrième édition.

contre ses tyrans. Les idées de Niebuhr furent d'abord accueillies avec une grande faveur et ne rencontrèrent que fort peu d'opposition; cependant dans les derniers temps le nombre des opposants s'est accru, et, s'emparant de quelques erreurs de détail échappées au maître, l'on a cherché à contester la réalité des grands résultats dus à ses recherches. Mais on a beau torturer les faits et les textes, l'on ne parviendra plus à faire admettre à un homme, doué du sens historique, ni l'identité des clients et des plébéiens, ni la participation de la plèbe à la souveraineté nationale. En ce qui concerne le premier point, il est vrai que les auteurs les plus considérables de l'antiquité confondent les clients et la plèbe [21]; mais il suffit de songer aux devoirs réciproques des patrons et des clients pour se convaincre que la lutte acharnée que nous voyons se continuer jusqu'au milieu du cinquième siècle eût été impossible si les plébéiens avaient été les clients des *patres :* l'histoire nous montre d'ailleurs que les clients se gèrent constamment comme les instruments dociles des patriciens et combattent la plèbe dans plus d'une occasion [22]. Quant à la position originaire des plébéiens dans l'État, elle était, comme nous l'avons dit plus haut, celle de citoyens contribuant aux charges publiques et jouissant, en échange de cette contribution, de la protection légale due aux citoyens, mais sans aucuns droits politiques. Sous ce rapport, nous trouvons encore chez les anciens une confusion qui a lieu de nous surprendre, presque tous attribuant aux plébéiens une participation active aux comices des curies [23]. Sans nous arrêter à d'autres faits importants, qui sont incompatibles avec cette thèse [24], nous nous bornons à faire observer que, si elle était vraie, toute la lutte de la plèbe, avec ses alternatives si variées de succès et de défaites, paraîtrait d'une invraisemblance inouïe, et qu'évidemment, dès le règne d'Ancus Martius, les

[21] Cic., *de rep.*, II, 9. — Denys d'Hal, II, 8, 9. — Tite-Live, VI, 18 : « .... Quot enim clientes circa singulos fuistis patronos, tot nunc adversus unum hostem eritis.... » — Plutarque, *Romulus,* 13. — Cf. Festus, v. *Patrocinia.*

[22] Les clients ne prennent point part à la première émigration de la plèbe (Denys d'Hal., VI, 47. 51); ils votent pour les patriciens, troublent les comices pour empêcher le vote de lois favorables à la plèbe, etc. Tite-Live, II, 35. 56. 64. III, 14. 16. — Denys d'Hal., VI, 47. 63. VII, 18. 19. IX, 41. X, 15. 27. 40. 41. 43. XI, 45 et *passim.* Cf. ci-après, n° 26.

[23] Il y a cependant un passage qui paraît conforme à notre manière de voir : Cic., *in Rullum,* II, 11 : « .... curiatis comitiis, quæ vos non initis... »

[24] D'après cette thèse, les patriciens n'auraient pas eu de comices propres : comment dès lors expliquer que le vote des curies, confirmant les décrets des autres assemblées populaires, porte le nom d'*auctoritas patrum* ou *patriciorum* (Cf., ci-après, nos 23. 25. 26 et surtout l'important passage de Tite-Live, VI, 42)? Si les plébéiens avaient eu voix délibérative dans l'assemblée des curies, la création des comices des tribus aurait été une véritable superfétation. Comment expliquer la faveur dont la plèbe entoure la mémoire de Servius Tullius et l'hostilité des patriciens envers lui, alors que les réformes de ce roi auraient eu pour effet d'enlever à la grande masse des plébéiens la suprématie que leur donnait leur majorité numérique (ci-après, n° 24 in f.)? Comment, enfin, admettre que les plébéiens, ayant la plénitude des droits politiques et étant, sous ce rapport, les

plébéiens, formant la majorité numérique et ayant l'appui des rois, se seraient empressés de mettre fin à l'oppression qui pesait sur eux. Il importe cependant de prévenir ici un malentendu. Si nous refusons à la plèbe toute participation à l'exercice de la souveraineté, dans les comices curiates, il ne s'ensuit pas que les plébéiens n'aient, en aucune façon, assisté à ces comices. Les assemblées des curies étaient, en effet, de deux espèces. Pour les unes, destinées aux élections, aux délibérations sur la guerre, aux votes des lois, chaque membre du *populus* était individuellement convoqué par un héraut [25], et l'accès n'en était naturellement permis qu'aux personnes invitées. Mais, en outre, il y avait, comme nous l'avons déjà dit, des assemblées ayant pour objet des opérations d'une nature différente, entre autres de donner à certains actes de la vie sociale le caractère d'authenticité nécessaire pour les rendre valables et obligatoires. Pour ces comices, il n'y avait pas d'invitations individuelles : tous les habitants de la ville y étaient appelés en masse (de là le nom de *comitia calata*), et tous pouvaient y assister et procéder aux actes qu'on avait l'habitude d'y faire, sauf aux *patres* ou à leurs magistrats de donner à ces actes l'authenticité voulue [26].

DE LA RELIGION.

11. L'État se trouvait donc composé des patriciens avec leurs clients, et de la plèbe. Les premiers forment le véritable *populus romanus*, assemblé dans les comices par curies, et représenté par le roi et le sénat. Les plébéiens ne sont encore que des citoyens passifs, pour ne pas dire des sujets [1].

Le pouvoir légal des patriciens était soutenu par la religion et par la prépondérance matérielle que leur assuraient leurs richesses territoriales et leurs clients.

La religion était intimement liée à l'organisation de l'État et de la famille. Elle présidait à la plupart des actes importants de la vie publique

égaux des patriciens, leur aient été, sous le rapport du droit privé, inférieurs au point de n'avoir pas le *connubium* (ci-après, n° 35)?— Ces considérations (dont nous ne pouvons donner ici qu'une indication sommaire) et d'autres sont magistralement développées par SCHWEGLER, dans son *Histoire romaine. Tubingue*, 1853-1858, trois tomes, ouvrage important qui, bien qu'inachevé, mériterait les honneurs d'une traduction.

[25] DENYS D'HAL., II, 7 : « ..... τοὺς μὲν πατρικίους ..... οἱ κήρυκες ἐξ ὀνοματός τε καὶ πατρόθεν ἀνηγόρευον. τοὺς δὲ δημοτικοὺς ὑπηρέται τινες .... κέρασι βοείοις ἐμβυκανῶντες συνῆγον.... « — AULU-GELLE, XV, 27.

[26] Cf., ci-dessus, page 31, note 17, et, ci-après, n° 48 *in fine*.

[1] Cette antithèse entre la *plebs* et le *populus* composé des *patres*, se retrouve dans le langage romain longtemps encore après l'assimilation complète des deux classes. *Voy.* les textes cités ci-dessus, page 30, note 10, et CIC., *pro Murena*, 1.—TITE-LIVE, XXV, 12, 27, 29. — TACITE, *Annales*, I, 8. — FESTUS, vv. *Scita plebei. Scitum populi.* — MACROBE, *Saturn.*, I, 17.

et de la vie privée [2]; mais il importe de constater que les représentants de la religion, loin de constituer une puissance rivale à côté du pouvoir de l'État, étaient des magistrats ou fonctionnaires de la nation et que la religion elle-même était en réalité une institution politique, un instrument de gouvernement [3]. — Il est probable que, dans les premiers temps, les plébéiens suivaient la religion de leur origine [4]; mais ils ne tardèrent pas à être admis ou plutôt soumis au culte du *populus*. Le chef suprême de ce culte était naturellement le premier magistrat du peuple, le roi; mais dès le principe nous trouvons ce chef assisté par d'autres citoyens, revêtus de dignités sacerdotales et dont les uns sont investis de la surveillance des sacrifices et des cérémonies, tandis que les autres sont chargés de la tenue des auspices et de l'interprétation des présages [5]. Ces derniers sont appelés *augures;* parmi les premiers on nomme, comme les plus élevés, trois prêtres, préposés au culte de Dis, de Mars, de Qui-

[2] CIC., *de divinatione*, I, 2. II, 34. 35; *in Vatinium*, 7. — VALÈRE-MAXIME, II, 1, 1. — DION CASSIUS, XXXVIII, 13. — Il faut cependant se garder d'exagérer l'influence de l'élément religieux dans le domaine du droit. Les comices des tribus, l'instrument le plus puissant et le plus actif des réformes législatives, sont restés longtemps à l'abri de cette influence (ci-après, n° 46), et les actes juridiques les plus importants, qui résument toutes les transactions sociales : la *mancipatio* et la *in jure cessio*, n'avaient rien de religieux. Il en était de même des testaments, au moins dès les premiers temps de la seconde période.

[3] Sous les rois, la religion pouvait servir, tour à tour, le pouvoir royal, le sénat, le peuple. Ainsi, nous voyons l'augure Attus Nævius se faire l'organe des *patres* et du sénat contre les réformes projetées par Tarquin l'Ancien (TITE-LIVE, I, 36, et, ci-dessus, page 41, note 18). Après l'expulsion des rois, la religion n'eut guère d'autre rôle que de servir d'instrument de gouvernement, et les oligarques ne se firent faute d'user de l'instrument. Cf., ci-après, n° 26, note 10; n°s 22. 46. 118. Aussi POLYBE, VI, 56, dit-il que chez aucun autre peuple la superstition religieuse, créée pour conduire la masse (τοῦ πλήθους χάριν), n'a été développée aussi largement que chez les Romains; et AUGUSTIN, *de civitate Dei*, III, 4, nous a conservé le mot de VARRON (édit. Bipont., p. 228) : « Utile esse civitatibus, ut se viri fortes, etiamsi falsum sit, ex Diis genitos esse credant, ut eo modo animus humanus *rel.* » Cf. CIC., *de divinat.*, II, 23; *Philipp.*, II, 33. III, 40; *post reditum*, 5. — TITE-LIVE, IV, 6. — PLUTARQUE, *Pompée*, 52; *Cato Minor*, 42; — APPIEN, *de bellis civilibus*, III, 7.

[4] TITE-LIVE, I, 31 : « Visi etiam audire vocem ingentem ex summi cacuminis loco (montis Albani), ut *patrio ritu* sacra Albani facerent, quæ, velut Diis quoque simul cum patria relictis, oblivioni dederant, et aut romana sacra susceperant aut, fortunæ obirati, cultum reliquerant Deorum. » Cf. LE MÊME, X, 7. — DENYS D'HAL., II, 9.

[5] CIC., *de natura deorum*, III, 2, après avoir consacré cette division fondamentale dans ces termes : « Cumque omnis populi romani religio in *sacra* et *auspicia* divisa sit, » continue ensuite : « *Tertium* adjunctum sit, si quid prædictionis causa ex portentis et monstris Sibyllæ interpretes haruspicesve monuerunt. » La même inconséquence se trouve chez LE MÊME, *de legibus*, II, 9, et la classification tripartite est également donnée par VARRON, chez AUGUSTIN, *de civitate Dei*, VI, 3, et par VALÈRE-MAXIME, I, 1, 1. Mais le troisième membre de la division est étranger à l'ancienne religion nationale, comme nous le verrons ci-après, aux notes 19 et suivantes. — Les *haruspices*, que les deux passages cités de Cicéron mentionnent également, étaient des individus pratiquant, d'après le rit étrusque, un art religieux assez semblable à l'art augural. Les particuliers, et même le sénat et les magistrats, avaient recours à ces pratiques quand leur superstition ne se trouvait pas satisfaite des réponses des augures. De cette manière, les *haruspices* finirent par obtenir une

rinus et quatre pontifes [6]. Cette division se maintient tant que dure le culte romain et se manifeste par deux colléges sacerdotaux, constituant des corporations privilégiées, exclusivement accessibles aux patriciens [7] longtemps encore après que les plébéiens eurent été admis à toutes les dignités civiles [8].

12. La première de ces corporations est le collége des pontifes. Dès l'origine, les fonctions des pontifes avaient différé de celles des autres prêtres de la première catégorie en ce qu'elles ne se rapportaient à aucune divinité déterminée [9], et il est probable que leur mission principale consistait à veiller en général à l'observation du droit religieux, *jus sacrum* [10]. L'abolition du pouvoir royal dut dès lors avoir pour résultat d'augmenter l'autorité et l'importance de ce corps [11] : aussi le voyons-nous finir par absorber les autres hautes dignités sacerdotales de la même catégorie. Vers la fin de la république, il se compose, sous la présidence du *Pon-*

autorité assez grande pour que Cicéron et Valère-Maxime, écrivant à une époque où toute religion était dégénérée en superstition, les mentionnent conjointement avec les pontifes et les augures; mais jamais cette importation étrangère n'a été comptée parmi les éléments constitutifs du culte national. Au reste, CICÉRON lui-même, dans ses lettres *ad famil.*, VI, 18, parle encore avec dédain des *haruspices* (cf. ci-après, note 28); et ce n'est que sous l'empereur Claude que nous les voyons former un corps légalement constitué. TACITE, *Ann.*, XI, 15.

6 FESTUS, v. *Ordo sacerdotum*. – AULU-GELLE, X, 15. – SERVIUS, *ad Verg. Æn.*, II, 2.

7 Le caractère exclusif et aristocratique des corps sacerdotaux se conserva surtout par suite du système suivi pour la nomination et le renouvellement de leurs membres. Tandis que, dans l'ordre politique le principe électif domine, nous voyons que c'est par *cooptation* que se complètent les colléges des prêtres. CIC., *Philipp.*, II, 2; *ad famil.*, III, 10. « Amplissimi sacerdotii collegium, in quo ne cooptari quidem sacerdotem licebat qui cuiquam ex collegio esset inimicus. – TITE-LIVE, III, 32. XL, 42.. XLV, 44. – DENYS D'HAL., II, 73. – AULU-GELLE, I, 12. — Vers la fin de la république, les comices des tribus élisent les candidats que les colléges sont tenus de coopter (ci-après, nº 46, note 15); sous l'empire, les nominations se font par le prince.

8 Déjà, en 387, la moitié des *X viri sacris faciundis* étaient pris parmi les plébéiens (TITE-LIVE, VI, 37. 42); mais ce collége n'avait point à s'occuper du culte *national*. Ci-après, notes 40 et 43. Ce n'est qu'en 453 que la loi *Ogulnia* déclara les plébéiens admissibles au pontificat et à l'augurat (CIC., *de rep.*, II, 14. – TITE-LIVE, X, 6. 9) et en 500 le célèbre jurisconsulte Ti. Coruncanius fut le premier grand pontife plébéien. — Les charges du *Rex sacrificulus*, des *flamines majores*, et même des saliens, restèrent toujours patriciennes.

9 CIC., *de legibus*, II, 8. « ... Divis aliis alii sacerdotes : omnibus pontifices, singulis flamines sunto... » – TITE-LIVE, I, 20. – DENYS D'HAL., II, 73.

10 A ce titre ils exerçaient une certaine juridiction, et le grand pontife avait le pouvoir d'infliger des amendes et d'autres peines, y compris celle de mort, à l'égard des personnes soumises à son pouvoir sacerdotal, particulièrement à l'égard des vierges vestales. CIC., *de legibus*, II, 9. « PERJURII POENA DIVINA EXITIUM, HUMANI DEDECUS. INCESTUM PONTIFICES SUPREMO SUPPLICIO SANCIUNTO. » – LE MÊME, *ad Atticum*, IV, 2; *de harusp. resp.*, 7. – TITE-LIVE, IV, 44. VIII, 15. XXII, 57. – DENYS D'HAL., II, 67. 73. III, 67. VIII, 89 *in fine*. IX, 40. – ASCON., *in Mil.*, c. 12. p. 46 Orelli. – FESTUS, v. *Maximus*. Mais il y avait appel au peuple des jugements de condamnation ou d'acquittement prononcés par le grand pontife. CIC., *Brutus*, 48; *de harusp. resp.*, 6. – TITE-LIVE, XI, 42; *epit.* LXIII. – VALÈRE-MAXIME, III, 7, 9. VI, 8, 1. – MACROBE, *Saturn.*, I, 10. – ASC., *in Milon.*, *l. l.* – OBSEQUENS, 97. – Cf. DION CASS., fr. 261 sq. ed. Gros (91. 92, Peiresc).

11 Voir l'analogie du sénat, ci-après, nº 26.

tifex maximus [12], de quinze pontifes [13] et comprend en outre le *Rex sacrorum* ou *sacrificvlus,* réminiscence de la royauté, et les trois *flamines majores,* appelés *Dialis, Martialis, Quirinalis* [14]. Au collége des pontifes ressortissaient [15] les vierges vestales, constituées en corps au nombre de quatre, plus tard de six [16]. — Le collége des *augures,* aussi ancien que Rome même [17], conserva toujours la même compétence et la même organisation; seulement le nombre de ses membres, qui était originairement de trois ou bien de quatre [18], fut successivement porté à neuf et enfin à quinze [19]. — A ces deux catégories de représentants du vieux culte national vint se joindre, sous Tarquin le Superbe, un corps qui n'eut originairement que deux membres, chargés de la garde et de l'interprétation des livres sibyllins, *II viri sacrorum* [20]. A mesure que les cultes exotiques s'introduisirent à Rome, le nombre de ces prêtres fut augmenté; une loi de Licinius Stolo le porta en 387 à dix, dont cinq plébéiens [21], et après Sulla nous les trouvons au nombre de quinze [22], chargés de la garde des livres sibyllins et du culte d'Apollon et des autres divinités étrangères que la République avait successivement adoptées, *XV viri sacris faciundis* [23]. Enfin vers le milieu du sixième siècle, on créa, pour

[12] Il est probable que, dans les premiers temps, les pontifes avaient pour chef le roi; sous la république, le *pontifex maximus* est désigné par le choix populaire parmi les membres du collége. Tite-Live, XXV, 2. 5. XXXIX, 46. XL, 42. – Cic., *in Rullum,* II, 7.

[13] Le nombre était originairement de quatre, deux de chacune des deux tribus primitives; il fut porté à huit par la *loi Ogulnia,* et enfin, à quinze par Sulla. Tite-Live, *epit.* LXXXIX.

[14] Cette énumération se trouve dans Cic., *de harusp. resp.,* 6. Cf. Macrobe, *Saturn.,* III, 13. 10. Dans ces passages, il est également question de *pontifices minores.* Ce terme désigne certains employés du collége qui aidaient les pontifes dans leurs fonctions et administrations. Le plus ancien de ces *pontifices minores* portait le titre de *maximus.* Festus, v. *Minorum* pontificum maximus dicitur qui primus in id collegium venit, item minimus, qui novissimus. »

[15] Cic., *de harusp. resp.,* 7. – Tite-Live, II, 2. IV, 44. VIII, 15; XXVIII, 11. – Denys d'Hal., II, 67. VIII, 89, ci-dessus, note 9. – Macrobe, *Saturn.,* III, 13, 10 et *passim.*

[16] Ces nombres correspondent aux tribus primitives. Festus, v. « *Sex Vestæ sacerdotes* constitutæ sunt, ut populus pro sua quaque parte haberet ministram sacrorum, quia civitas Romana in sex est distributa partes, in primos secundosque Titienses, Ramnes, Luceres. » — Sous l'empire, il y eut sept vierges vestales.

[17] Romulus et Remus étaient déjà augures. Cic., *de divinat.,* I, 40. 47. II. 17. Cf. Tite-Live, IV, 4.

[18] Quatre, savoir deux de chacune des deux tribus primitives, d'après Cic., *de rép.,* II, 9. 14. Cf. Denys d'Hal., II, 22. — Trois, d'après Tite-Live, X, 6. « ....(Augurum) imparem numerum esse debere, ut tres antiquæ tribus, Ramnes, Titienses, Luceres, suum quemque augurem habeant... »

[19] A neuf, dont cinq plébéiens, par la loi *Ogulnia* en 453 (Tite-Live, X, 6. 9); à quinze, par Sulla. Tite-Live, épit. LXXXIX.

[20] Tite-Live, III, 10. – Denys d'Hal., IV, 62. – Valère-Maxime, I, 1. 13. – Zonaras, VII, 11.

[21] Tite-Live, VI, 37. 42. X, 8.

[22] Cic., *ad fam.,* VIII, 4. – Pline, *H. N.,* XXVIII, 2. 13. – Aurelius Victor, *de viris illustribus,* 75.

[23] Cf. Tite-Live, X, 8 : X viros sacris faciundis, carminum Sibyllæ ac fatorum populi hujus interpretes, antistites eosdem Apollinaris sacri ceremoniarumque aliarum. »— Cic., *l. l.*

soulager les pontifes, surchargés de besogne, des prêtres chargés de préparer les festins sacrés dans les jours solennels, *III viri* et plus tard *VII viri epulonum* [24].

Ces corps nous sont réprésentés dans les derniers temps de la République comme les *quattuor summa et amplissima collegia sacerdotum* [25]. Cependant pour n'omettre aucun élément essentiel du droit sacré, il faut encore mentionner le collége des féciaux, qui, moins important au point de vue purement religieux, offre d'autant plus d'intérêt pour l'histoire du droit. Les féciaux, qui apparaissent dès les premiers temps de Rome [26], étaient chargés de veiller à l'observation du droit international et des actes religieux qui s'y rapportent [27]. Aussi, les membres de ce corps, au nombre de vingt, se recrutaient, comme les pontifes et les augures, parmi les hommes d'État les plus illustres [28].

13. A ces hauts colléges appartenaient, comme nous l'avons dit, la suprême direction et la surveillance du culte romain dans ses diverses manifestations. Cependant ils ne participaient point, comme corps, à la pratique des sacrifices. L'on distinguait les *sacra privata*, et les *sacra publica*, les uns et les autres perpétuels [29]. Les *sacra privata*, c'est-à-dire, ceux qui incombaient aux individus, aux familles et aux *gentes*, se faisaient par les intéressés mêmes, par le chef de la famille et par les membres délégués des *gentiles* [30]. La notion des *sacra publica* est moins facile

[24] Cic., *de oratore*, III, 19; *de harusp. resp.*, 10. — Tite-Live, XXXIII, 42. — Festus, v. *Epulones*.

[25] Suétone, *Octave*, 100: « ... per sacerdotes summorum collegiorum. » — Dion Cassius, LIII, 1. LVIII, 12. L'inscription, connue sous le nom de *Monumentum Ancyranum*, tab. II, liv. 16, les appelle « quattuor amplissima collegia. » — Sous les empereurs on ajouta à ces grands colléges une confrérie qui s'était formée sous le nom de *Sodales Augustales* pour le culte d'Octavien Auguste. Dion. Cass., LVIII, 12. — Tacite, *Ann.*, III, 64, et ci-après, nos 166 et § 21.

[26] C'est une vieille institution italique qui se trouve déjà dans la plus haute antiquité chez les Latins et les Sabins. Tite-Live, I, 24. 32. VIII, 39. IX, 1 et *passim*.

[27] Cic., *de legibus*, II, 9. « .... Fœderum, pacis, belli, induciarum oratores, FETIALES judicesve sunto. bella disceptanto.... » — Varron, *de l. l.*, V, 86 (IV, 15 *in fine*. Gothofr.— p. 25, Bipont), et chez Nonius Marcellus, XII, 43. — Tite-Live, I, 32. V, 36. X, 12. XXXI, 8. XXXVI, 3. — Denys d'Halicarnasse, II, 72. XIII, 18. — Quintilien, *Institutiones oratoriæ*, VII, 3. 13. — Servius, *ad Verg. Æn.*, IX, 43. X, 14. — Plutarque, *Numa*, 12; *Camille*, 17. 18. *Voy.* aussi, ci-après, no 67.

[28] C'est à tort qu'on applique aux augures le bon mot de Caton qui nous a été conservé par Cic., *de divinatione*, II, 24 : « se mirari, quod non rideret *haruspex, haruspicem* cum vidisset. »

[29] Cic., *de legibus*, II, 9, 19. C'est pourquoi les *sacra singulorum hominum* se transmettaient avec le patrimoine. Ci-après, t. III, §§ 339, note 15.

[30] Festus, v. *Publica* sacra .... at privata quæ pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt. » — Cic., *de legibus*, II, 19-21. — Caton, *de re rustica*, 143. « Scito dominum pro tota familia rem divinam facere. » — Tite-Live, V, 52. — Denys d'Hal., II, 21. — Festus, vv. *Sine sacris hereditas. Privatæ feriæ.* — Macrobe, *Saturn.*, I, 16. — Les *Sacra gentilicia* étaient *publica* quand l'État en faisait les frais ou y contribuait. Ci-après, notes 31. 35. 36.

à déterminer [51]. Il est d'abord évident que cette qualification appartient aux sacrifices qui se font pour le peuple, par des prêtres représentant la nation entière, le *Rex sacrorum*, les *flamines*, les Saliens et les vierges vestales [52]; mais elle revient également à ceux qui, tout en étant communs à la nation, sont célébrés séparément dans les diverses fractions de la cité, savoir : dans les curies [33] par des *flamines curiales* sous la direction de chefs électifs, *curiones* [34], et dans les *montes* et *pagi* par les préposés de ces sections [35]. En outre il faut compter parmi les sacrifices publics une catégorie particulière, les *sacra popularia* qui étaient également communs à tous les citoyens, mais se célébraient par les familles ou par des réunions de familles [36]. Enfin si l'on admet, d'après Festus, que

[51] La seule explication *ex professo* que nous trouvions de ce terme, se rencontre dans Festus, v. *Publica sacra*, quæ *publico sumtu pro populo* fiunt, quæque pro montibus, pagis, curiis, sacellis; at privata, quæ pro singulis hominibus familiis, gentibus fiunt. » La définition peut être bonne, mais l'énumération est évidemment incomplète.

[52] Pour le *Rex sacrorum* et les vierges vestales, voir ci-dessus, notes 14-16, où nous avons également mentionné, comme faisant partie du collége des pontifes, les trois *flamines* de Dis, de Mars et de Quirinus. En dehors de ces trois, appelés majores, il y avait douze autres *flamines minores*. Les *Saliens*, dont on fait remonter l'origine à Numa, formaient, sous la présidence d'un *præsul*, un collége important de douze, plus tard de vingt-quatre membres.

[53] Y avait-il aussi des *sacra* communs pour les anciennes tribus? Oui, d'après Denys d'Hal., II, 21.

[54] Varron, *de l. l.*, V, 83. 155. VI, 15. 23. 46 (IV, 15. 32, col. 25 sq. V, 3, col. 33 *in f.* et 34 *in m.;* 6, col. 37, *lin.* 46, édit. Gothofr. — p. 24 sq. p. 43 *in m.* p. 55 *in f.* p. 58 p. 63 *in m.*, Bipont.). — Denys d'Hal., II, 21. 22. 23. 50. 64. 65. — Festus, vv. *Curia. Curiales. Curionia sacra. Curionium æs. Novæ curiæ.* — Lydus, *de magistrat.*, I, 9. Les *Curiones* avaient un président électif, nommé *curio maximus* (Tite-Live, III, 7. — Festus, v. *Maximus curio*) qui fut patricien jusqu'en 543, où les comices élurent le plébéien C. Mamilius Vitulus. Tite-Live, XXVII, 8.

[55] Festus, v. *Publica sacra*, quæ publico sumtu pro populo fiunt, quæque pro montibus, pagis, curiis, sacellis, at privata, quæ... » Les habitants des montes, *montani*, se réunissaient chaque année dans la grande fête, appelée *Septimontium* et dont l'origine remonte peut-être au delà de la fondation de Rome. (Cf., ci-dessus, page 29, note 4, et, ci-après, nº 22, note 3). Les Paganalia étaient célébrés par les soins des *magistri pagorum*. Sacellum est un petit temple, une chapelle, destinés à un culte quelconque, public ou privé. De quoi dès lors Festus entend-il parler, en mentionnant les *sacra pro sacellis?* Peut-être de ceux qui se faisaient dans les *Sacella* ou *Sacraria Argeorum*, dont le culte, embrassant les quatre *regiones urbanæ*, avait probablement un caractère public, puisque l'on y voit concourir les pontifes et les vierges vestales. Varron, *de l. l.*, V, 45-54. VII, 44 (IV, 8. VI, 3, Gothofr. — p. 14-17. 90, Bipont.). — Tite-Live, I, 21. — Denys d'Hal., I, 38. — Festus, v. *Argeos. Sexagenarios.*

[56] Festus, v. *Popularia* sacra sunt, ut ait Labeo, quæ omnes cives faciunt, nec *certis* familiis attributa sunt, ut Fornacalia, Parilia, Laralia, Porca præcidanea. » Il faut y ajouter également les *Compitalia*, qui se célébraient dans les chapelles des carrefours, *compita*, par les familles du voisinage. Varron, *de l. l.*, VI, 25 (V, 3, Gothofr. — p. 58, Bipont.). — Denys d'Hal., IV, 14. — Macrobe, *Saturn.*, I, 4. 16. — Aulu-Gelle, X, 24, 3. « Ea verba Prætoris, hæc sunt : Dic noni populo Romano Quiritibus compitalia erunt » ; ensuite les *ludi Capitolini*, pour la célébration desquels était créé un *collegium*, composé de ceux *qui in Capitolio atque arce habitarent*. Tite-Live, V, 6, etc., etc. — Les *Fornicalia*, qui se célébraient dans les curies et sous la direction du *curio maximus*, pourraient être classées dans la catégorie précédente (Ovide, *fasti* II, 525 sqq.); quant aux *Parilia*, Varron les qualifie *tam publica quam privata*.

publica sacra sont tous ceux qui se font aux frais du trésor, il faut y ajouter encore les sacrifices dont la République avait confié le soin, soit à certaines *gentes* [57], soit à des confréries religieuses, *sodalitates*, dont plusieurs remontent à la plus haute antiquité [58].

DU DOMAINE PUBLIC ET DES FINANCES.

14. L'élément matériel de la puissance des patriciens était le domaine public, *ager publicus*.

En s'emparant du sol sur lequel ils fondèrent leur république, les Romains, tout en laissant aux vaincus une partie du territoire [1], disposèrent des autres terres cultivées soit en faveur du roi et du culte [2], soit en faveur des familles composant le *populus*, qui reçurent, par une distribution régulière, chacune un espace suffisant pour y établir leur demeure, c'est-à-dire deux arpents [3]. Les pâturages demeurèrent indivis, et tout citoyen avait le droit d'y faire paître ses troupeaux, moyennant une rétri-

[57] FESTUS, v. *Popularia sacra*, ... quæ *omnes cives* faciunt, nec *certis* familiis attributa sunt. » — TITE-LIVE, I, 7, combiné avec IX, 29 *in fine*.— LE MÊME, I, 26.— DENYS D'HAL., III, 22. VI, 69. — SERVIUS, *ad Verg. Æn.*, II, 166. V, 704. X, 316. — FESTUS, v. *Aureliam. Propudianus. Sororium tigillum*.—Les *sacra gentilicia*, qui n'étaient pas expressément adoptés ou attribués par la république, étaient donc *privata*, ci-dessus, note 30. On a invoqué cette circonstance contre l'hypothèse de Niebuhr d'après laquelle les *gentes* étaient originairement une division politique; mais l'argument n'est pas concluant. Car la division des *sacra* en *publica* et *privata* n'a point de base politique : ainsi le *septimontium* et les *paganalia* étaient des *sacra publica*, bien que les *pagi* et *montes* ne constituassent aucunement une division politique, et d'après Varron, les *Parilia* étaient *tam publica quam privata*. Cf. note 36 *in fine*.

[58] Les plus anciennes de ces *sodalitates* étaient : la confrérie des *Luperci*, dont les fêtes, dites *Lupercalia*, se faisaient avec le concours du *flamen Dialis;* les *sodales Titii*, fondés en l'honneur du roi sabin Titus Tatius; les *fratres Arvales*, particulièrement intéressants pour nous à cause des procès-verbaux de leurs assemblées, qui, gravés sur deux tables de marbre et découverts en 1779, ont été publiés par GAETANO MARINI, *Gli Atti e monumenti de' fratelli Arvali*. Rome, 1795. — Sous la république et sous l'empire, le nombre de ces *sodalitates* ou *sodalicia* augmenta considérablement. Nous en parlerons ultérieurement, en traitant des corporations en général, ci-après, § 21.

[1] APPIEN, *de bellis civilibus*, I, 7. — TITE-LIVE, I, 15 : « .... agri *parte* multatis...... » II, 25 *in f.* 31. 41. — DENYS D'HAL., II, 35. 50 *in f.* 53 *in f.* Cf. ci-après, nº 67.

[2] CIC., *de republica*, V, 2. — TITE-LIVE, V, 25. — DENYS D'HAL., II, 7. III, 1. — Cf. FESTUS, v. *Obscum* .... eodem etiam nomine appellatur locus in agro Veienti, quo frui soliti produntur Augures romani », et ci-après, nº 87.

[3] VARRON, *de re rustica*, I, 10. « Bina iugera a Romulo primum divisa dicebantur viritim : quæ, quod heredem sequerentur, *heredium* appellarunt. » Il paraît plus probable de faire dériver *heredium de herus*, i. e. *dominus*. — CIC., *de republica;* II, 14. « .... Ac primum agros, quos bello Romulus ceperat — (Numa) divisit viritim civibus. » — PLINE, *H. N.*, XVIII, 2; 7. 27. XIX, 4. — SICULUS FLACCUS, p. 153, 28 (15, Goës). « ... Cum antiqui agrum ex hoste captum victori populo per bina iugera partiti sunt, centenis hominibus ducentena iugera dederunt. » — HYGINUS, p. 110, 4. — FESTUS, vv. *Centuriatus ager. Viritanus ager* dicitur, qui viritim populo distribuitur. » — Cf. TITE-LIVE, VI, 36. — JUVENAL, *Sat.*, XIV, 16. — Le *iugerum* se composait de deux *actus quadrati*, c'est-à-dire de deux fois 120 pieds carrés, et contenait, par conséquent, 28,800 pieds romains carrés = 25,285 ares, soit un peu plus d'un quart d'hectare.

bution à payer au trésor [4]. Quant aux terrains vagues et incultes, on en laissait la jouissance aux Quirites qui trouvaient à leur convenance de les occuper, mais ils restaient la propriété de la nation [5].

Les mêmes principes furent encore suivis plus tard quand les conquêtes s'étendirent plus loin [6]. L'importance des terres dont la propriété restait à la nation augmenta ainsi dans une proportion considérable; mais à partir de Tullus Hostilius, on en donna parfois des parcelles à des plébéiens indigents [7], et le trésor faisait fréquemment des ventes de terres qui devenaient dès lors la propriété des acquéreurs sous le nom de *agri quæstorii* [8].

15. Dès les premiers temps, nous trouvons donc à Rome des terres appartenant en propre aux citoyens, *agri privati*, et des étendues considérables de terrains appartenant au peuple, *ager populi, ager populicus* ou *publicus*.

Les distributions, assignations et ventes d'immeubles que l'État faisait aux particuliers et qui donnaient naturellement à ceux-ci la propriété de ces terres sous la garantie du peuple romain [9], *dominium ex iure Quiritium*, avaient toujours lieu d'après un mesurage officiel préalable [10]. Les

[4] Appien, *de bellis civ.*, I, 7. — Varron, *de re rust.*, II, 1. — Tite-Live, XXXIX, 29. « Pascua publica. » — Pline, *H. N.*, XVIII, 3, 3. « Etiam nunc in tabulis censoriis pascua dicuntur omnia ex quibus populus reditus habet quia diu hoc solum vectigal fuit. » — Nonius Marcellus, I, 205. — Festus, v. *Scripturarius ager*.

[5] *Voy.* ci-après, notes 15. 16.

[6] Appien, *de bellis civ.*, I, 7. — Tite-Live, I, 56. II, 25. 31. 41. VIII, 11. XLII, 44. *Voy.* encore presque tous les passages cités dans les notes suivantes, et ce que nous dirons ci-après, nos 83 et 87, sur l'établissement des colonies dans les pays conquis.

[7] Sous Tullus Hostilius : Denys, III, 1. — Sous Ancus et Servius Tullius : Cic., *de rep.*, II, 18. — Varron chez Nonius Marcellus, I, 105 : « Varro de vita populi romani, lib. I. Extra urbem in regiones XXVI agros viritim liberis attribuit. » — Tite-Live, I, 46. — Denys d'Hal., IV, 9. 10. 13. — Zonaras, VII, 9. — Festus, v. *Viritanus* ager dicitur, qui viritim populo distribuitur. » — La contenance des lots plébéiens paraît avoir été régulièrement de sept jugères (Varron, *de re rustica*, I, 2. 9. — Tite-Live, V, 24. 30. — Pline, *H. N.*, XVIII, 4. — Columella, *de re rust.*, I, 3. Cf. cependant Tite-Live, VI, 36), tandis que les distributions faites aux Quirites, fondateurs de Rome, et aux premiers colons n'étaient que de deux jugères. *Voy.*, ci-dessus, note 3, et, ci-après, no 87. Cette différence paraît bizarre; mais il ne faut pas perdre de vue que les patriciens, ayant la jouissance des vastes étendues du domaine public, n'avaient guère besoin de propriétés privées. *Voy.*, ci-après, nos 26 et 87.

[8] Tite-Live, II, 17. IV, 48. XXVIII, 46. — Siculus Flaccus, p. 136, 14 (p. 2, Goës). « Ut vero Romani omnium gentium potiti sunt, agros ex hoste captos in victorem populum partiti sunt, alios vero vendiderunt, ut Sabinorum ager, qui dicitur quæstorius ». p. 152, 23 (p. 14, Goës). « Quæstorii dicuntur agri quos ex hoste captos populus romanus per quæstores vendidit. » Hyginus, p. 115, 15 (p. 205, Goës).

[9] Cette garantie s'étendait évidemment aussi aux terres qui avaient été laissées aux habitants vaincus, car elle était virtuellement contenue dans cet octroi. Il est probable, d'ailleurs, que ces terres avaient, dès avant la conquête, des limites déterminées. Cf. Hyginus, p. 116, 6 (p. 205, Goës), transcrit ci-après, no 72.

[10] De là *agri divisi, limitati*.

autres terres, tant qu'elles demeuraient *ager publicus*, n'étaient point soumises à pareil mesurage : chaque père de famille pouvait en occuper telle partie libre qu'il trouvait à sa convenance, à la seule condition de se conformer aux ordonnances qui réglaient le mode d'occupation [11]. C'est ce qui fit donner à ces fonds la qualification de *agri arcifinii* ou *occupatorii* [12]. Ces occupations qui, au reste, n'étaient permises qu'aux membres du *populus* [13], ne donnaient point le droit de propriété [14], mais seulement une possession [15] que l'État pouvait révoquer à son

[11] Appien, *de bellis civilibus*, I, 7. 10. 18. – Tite-Live, VI, 37. – Denys d'Hal., IV, 9. – Plutarque, *Ti. Gracchus*. – Festus, v. *Possessiones*, ci-après, note 15.

[12] *Occupatorius ager* se dit aussi de toute terre conquise; mais, dans le sens technique, le terme désigne les parties du domaine public que les particuliers tiennent par occupation. Le mot *arcifinii* ou *arcifinales*, indique que les bornes de ces terres ne sont pas fixées par un arpentage régulier, comme pour les *agri limitati*, mais déterminées par la situation topographique des lieux, le cultivateur s'arrêtant là où il était empêché de s'étendre davantage, soit par des obstacles physiques, soit par une occupation antérieure. Siculus Flaccus, p. 138, 3 (3, Goës). Occupatorii autem dicuntur agri, quos quidam arcifinales vocant... Bellis enim gestis victores populi terras omnes, ex quibus victos ejecerunt, publicavere... Deinde, ut quisque virtute colendi quid occupavit, arcendo vicinum, arcifinalem dixit. Horum ergo agrorum nullum est æs, nulla forma quæ publicæ fidei possessoribus testimonium reddat; quoniam non ex mensuris actis unusquisque [miles] modum accepit, sed quod aut excoluit, aut in spe colendi occupavit. » Cf. Frontinus, p. 5. 6 (38, Goës). « Ager est arcifinius, qui nulla mensura continetur. Finitur, secundum antiquam observationem, fluminibus, fossis, montibus, viis, arboribus antemissis, aquarum divergiis... » – Aggenius *in Frontinum*, p. 2. 16. 5. 22 (45, Goës). – Isidore, *Origines*, XV, 13, 11 : « Arcifinius ager, qui a certis linearum mensuris non continetur, sed arcentur fines ejus objectu fluminum, montium, arborum. » — C'est conformément à cette terminologie que Tite-Live, V, 55, dit que Rome, reconstruite avec précipitation après l'invasion des Gaulois, avait l'air plutôt « occupatæ urbis, quam divisæ ».

[13] Tite-Live, II, 41. IV, 48. 51. 53. VI, 3. 5. 14. 37. 39. – Denys d'Hal., IV, 9. VIII, 70. 72. 73. 74. X, 32. 37. – Appien, *de bellis civilibus*, I, 7. 18. – Nonius Marcellus, II, 619. v. *Plebitatem*. « .... Hemina in Annalibus : Quicumque propter plebitatem agro publico ejecti sunt. » – Salluste, *fragmenta hist.*, I, 8 : « Servili imperio patres plebem exercere, de vita atque tergo regio more consulere : agro pellere et ceteris expertibus soli in imperio agere. »

[14] Même la possession la plus longue ne pouvait donner la propriété civile qui exige la garantie du peuple, *ex iure Quiritium*. Comment, en effet, le peuple pouvait-il garantir et protéger un état de choses qui aurait constitué une usurpation commise vis-à-vis de lui-même et à son préjudice? Frontinus, p. 50, 16, et Agennius, p. 82, 30 (69, Goës). « Jurisperiti negant illud solum quod populi romani cœpit esse ullo modo usu capi a quoquam mortalium posse. Et est verissimum. » — Cf. Cic., *in Rullum*, III, 3. — Sénèque, *epist.*, 79, 88 (p. 280. 342 Bipont). — Javolenus, à la note suivante.

[15] Javolenus, Fr. 115, D., *de verborum significationibus*, 50, 16 : « Quæstio est, fundus a possessione, vel agro vel prædio quid distet? Fundus est omne, quidquid solo tenetur. Ager est, si species fundi ad usum hominis comparatur. Possessio ab agro juris proprietate distat : quidquid enim apprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est..... » — Festus, v. *Possessio* est, ut definit Gallus Ælius, usus quidem agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager..... v. *Possessiones* appellantur agri late patentes publici privatique qui non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, collidebat (*lisez :* colebat ou possidebat). » – Isidore, *Origines*, XV, 13, 3 : « *Possessiones* sunt agri late patentes publici privatique, quos initio non mancipatione, sed quisque ut potuit occupavit atque possedit. » – Appien, *de bell. civ.*, I, 7. 10. – Cic., *de officiis*, II, 22. 23; *in Rullum*, II, 34. III, 3. « Sunt multi agri lege Cornelia *publicati*,

gré [16], qu'il protégeait cependant tant qu'elle durait [17]. Les patriciens abandonnaient ordinairement une partie de leurs possessions aux clients (*precario,* c'est-à-dire sur la prière de ces derniers), et en tiraient ainsi un double avantage, d'abord une partie des fruits comme fermage, puis la puissance que donne un grand nombre de vassaux [18].

16. Le domaine public, comme nous l'avons vu ci-dessus, permettait au peuple de fournir au roi et aux ministres du culte des dotations suffisantes pour leur entretien [19]. Il fallait cependant encore pourvoir aux sacrifices et aux jeux publics [20], ainsi qu'aux dépenses occasionnées par l'armée et par les divers services de l'État [21]. Enfin, de tout temps, les Romains ont eu l'habitude d'exécuter d'importants travaux publics [22].

nec cuiquam assignati neque venditi, qui a paucis *possidentur*... Hos *privatos* facit; hos... Rullus non vobis assignare vult, sed eis condonare qui *possident*... Cum ea, quæ *vestra* sunt, condonari *possessoribus* videatis. » — Tite-Live, II, 41. « (Sp. Cassius) adjiciebat huic muneri agri aliquantum, quem publicum possideri a privatis criminabatur. Id multos quidem patrum, ipsos possessores, periculo rerum suarum terrebat ». II, 61 : « Possessores publici agri ». III, 1. « Iam priore consulatu Æmilius dandi agri plebi fuerat auctor... Possessores... invidiam.... in consulem averterant ». IV, 36. « Agri publici dividendi... spes : et vectigali possessoribus agrorum imposito... » *Ibidem,* 51. 53. VI, 5. « Ostentabatur in spem Pomptinus ager... nobiles homines in possessionem agri publici grassari : nec, nisi antequam omnia præcipiant, divisus sit, locum ibi plebi fore... » *Ibidem,* 14 : « Ne quis plus D jugera agri possideret... » VII, 16. — Valère-Maxime, VIII, 6. 3. — Florus, III, 13. « ... Reduci plebs in agros unde poterat sine possidentium eversione? qui ipsi pars populi erant, et tamen relictas sibi a majoribus sedes ætate, quasi jure hereditario, possidebant. » — Orose, V, 18. « Eodem anno *loca publica* quæ in circuitu Capitolii pontificibus, auguribus, decemviris ac flaminibus *in possessionem tradita* erant, cogente inopia *vendita* sunt. »

[16] Cic., *de officiis,* II, 22. 23; *in Rullum,* II, 14. — Tite-Live, IV, 48. XXVIII, 46. XXXI, 13. — Appien, *de bellis civ.*, I, 9. 10. 18. — Florus et Orose, transcrits à la note précédente. Sénèque, *epist.*, 88 (p. 342 Bipont). *Voy.* aussi, ci-après, nos 82 sqq.

[17] Festus, v. *Possessiones,* et, ci-après, nos 82. 87. — C'est à Niebuhr que nous devons la constatation de ces points si importants pour l'intelligence de l'histoire politique et même du droit privé des Romains. Le résumé de ses recherches se trouve dans son *Histoire romaine,* t. II, p. 146-176.

[18] C'est même de cet usage que l'on fait dériver le mot *patres.* Festus, v. « *Patres* senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus (perinde) ac liberis propriis. *Voy.* aussi, ci-après, § 80, note 5; § 90, notes 21 sq., et t. II, § 244, n° 3..

[19] *Voy.,* ci-dessus, note 2.

[20] Tite-Live, I, 20. II, 37. Cf. XXV, 12. — Tacite, *Annales,* III, 64. XV, 23. — Festus, v. *Publica sacra,* ci-dessus, n° 13, notes 13 et suivantes.

[21] *Voy.*, ci-après, n° 78. — Dans les premiers temps, les dépenses pour l'armée n'étaient pas très-considérables, les citoyens étant tenus de s'équiper eux-mêmes et ne recevant aucune paye. Cependant l'État fournissait aux cavaliers l'argent nécessaire pour acheter et pour nourrir le cheval. Cic., *de rep.*, V, 20. — Tite-Live, I, 43. — Denys d'Hal., VI, 13. — Festus, vv. *Equestre œs. Hordearium œs. Pararium,* et ci-après, n° 78.

[22] Polybe, VI, 13, 3. — Cic., *de legibus,* III, 3; *in Verrem,* II, 5, 19. — Tarquin le Superbe força la plèbe à travailler par corvées. Tite-Live, I, 56 : « ... Intentus perficiendo templo, fabris undique ex Etruria adcitis, *non pecunia solum ad id publica* est usus, sed *operis etiam ex plebe*....... foros in circo faciendos, cloacamque maximam..... sub terram agendam.... His laboribus exercita plebe.... » — Le même, I, 42. 59. — Denys d'Hal., IV, 44. — Pline, *H. N.*, XXXV, 24. — Festus, v. *Quiritium fossæ.* — Servius, *ad Verg. Æn.*, XII, 603.

Pour faire face à ces dépenses, il y eut depuis les temps les plus reculés un trésor qui, confié à deux questeurs [23], fut, par Valerius Publicola, déposé dans le temple de Saturne, où il resta jusque sous l'empire [24]. Les revenus qui alimentaient ce trésor étaient de nature très-variée. Il est probable que dès l'origine on fit payer une redevance pour l'usage des pâturages publics et qu'une certaine partie des terres arables était donnée à ferme [25]. Le butin fait à la guerre, et qui se vendait régulièrement au profit de l'État, donnait un revenu assez notable [26]. Le trésor recevait en outre les amendes encourues par les particuliers [27] et le produit des droits de port et de douane, des salines, des pêcheries publiques et des mines [28]. Enfin, nous trouvons de tout temps un impôt personnel qui d'abord paraît n'avoir frappé que les sujets, c'est-à-dire, les plébéiens et les clients, et avoir été levé arbitrairement par les rois [29], mais qui fut généralisé et réparti d'une manière régulière et équitable par Servius Tullius. Malgré les renseignements très-étendus que nous avons sur cette importante réforme que Servius réalisa par l'institution du cens [30], nous ne savons rien de précis sur le mode suivi dans les premiers temps pour la levée du *tributum ex censu* [31] : il paraît que l'opération se faisait d'après la division locale en *tribus* et par l'intermédiaire des préposés des tribus, *tribuni* [32].

DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE.

17. Parmi les méfaits dont l'homme peut se rendre coupable, il en est qui semblent porter atteinte non-seulement aux droits des individus, mais aux intérêts de la société même. Nous trouvons, à cet égard, dans les

[23] *Voy.* ci-après, nº 60.

[24] PLUTARQUE, *Publicola*, 12; *quæstiones romanæ*, 42. Cf. ci-après, nº 78.

[25] *Voy.* ci-après, nº 79.

[26] POLYBE, X, 16. 17. — TITE-LIVE, II, 42. — DENYS D'HAL., IV, 24. V, 47. VII, 63. — *Voy.* ci-après, nº 79 et § 97, nºs 3, 4 ; § 98, nº 6.

[27] *Voy.* ci-après, p. 56 sq. ainsi que nºs 78 et 96.

[28] TITE-LIVE, II, 9. — DENYS D'HAL., V, 22. VI, 15 (17). — PLINE, *H. N.*, XXXI, 7 (41). 89. — PLUTARQUE, *Publicola*, 11, et, ci-après, nº 78 *in fine*.

[29] TITE-LIVE, I, 42 : « non *viritim*, ut antea. » — DENYS D'HAL., IV, 43. — Cf. NIEBUHR, *Histoire romaine*, t. I, p. 524 sqq.

[30] *Voy.*, ci-après, nº 23 sqq. — Tarquin abolit le *tributum ex censu*, en le remplaçant par l'ancienne capitation arbitraire; mais Valerius Publicola rétablit l'institution de Servius. TITE-LIVE, II, 9. — DENYS D'HAL., IV, 43. V, 20. — PLUTARQUE, *Publicola*, 11.

[31] Pour le temps de la république, *voy.* ci-après, nº 78.

[32] VARRON, *de l. l.*, V, 181 (IV, 36, col. 29 sq. Gothofr. — p. 49, Bipont.). « Tributum dictum a tribubus, quod ea pecunia quæ populo imperata erat, *tributim a singulis pro portione census* exigebatur... » — DENYS D'HAL., IV, 14. V, 75. XI, 63. — TITE-LIVE, XXIX, 37. — ISIDORE, *Orig.*, XVI, 17 (18), 7. « Tributa vero eo quod antea per tribus singulas exigebantur.... ut qui præerant in singulis partibus, tribuni dicerentur. » Cf. ci-après, nºs 22 sqq. et nº 78.

sociétés modernes, des règles plus ou moins précises dont les détails vont souvent au delà des besoins sociaux. Il n'en était pas de même chez les Romains, qui ne paraissent point avoir eu, dans le principe, des lois criminelles proprement dites. Mais il avait toujours été admis parmi eux que toute agrégation de personnes, formant un milieu social, a le droit de punir ceux de ses membres qui se rendent coupables d'une atteinte envers la communauté. Ainsi le père de famille juge et punit, avec le concours des proches parents, les méfaits des membres de la famille qui sont soumis à sa puissance [1]. Ainsi nous avons vu les *gentes* sévir contre leurs membres, coupables de félonie [2]. Ainsi encore le grand pontife avait une juridiction pénale, qui comprenait le pouvoir d'infliger la peine de mort sur les personnes qui faisaient partie des corporations religieuses soumises à son autorité [3]. Jusque dans les derniers temps, la coutume et la législation reconnaissaient à toutes les corporations revêtues d'un caractère public le droit de comminer, dans leurs statuts, des peines disciplinaires [4]. Enfin, dès que la plèbe se trouve constituée comme corps politique, elle use de ce même droit, et peu de temps après la création du tribunat, les magistrats de la plèbe traduisent devant les tribus et font punir par elles des citoyens coupables d'actes d'hostilité envers les *tribules* [5]. D'après cela, il est tout naturel que dès les premiers temps le peuple ait exercé arbitrairement le droit de punir, toutes les fois qu'il se produisait un méfait qui paraissait porter atteinte à la chose publique. Nous ignorons s'il y avait des règles générales concernant la procédure à suivre dans ces cas : cependant, si nous combinons les renseignements très-détaillés (malheureusement plus détaillés que certains), que les anciens nous donnent sur le jugement d'Horace, coupable d'avoir tué sa sœur [6], avec les institutions que nous trouvons établies plus tard, nous pouvons considérer comme probable le résultat suivant : point de lois

[1] *Voy.* ci-après, t. III, § 303, note 10, et § 325, notes 6 et suivantes.

[2] *Voy.* ci-dessus, page 30, note 9.

[3] *Voy.* ci-dessus, page 45, note 10.

[4] *Voy.* ci-après, § 21, notes 8 sqq. — Des exemples se trouvent dans les statuts du *Collegium funeraticium* de Lanuvium (lin. 26 sqq.), du *Collegium Æsculapii et Hygiæ* (lin. 19. 24), d'un *Collegium fontanorum* (lin. 8 et *passim*), lesquels statuts sont reproduits dans Bruns, *fontes*, p. 164 et Giraud, *Enchiridion*, p. 663.

[5] *Voy.*, ci-après, n° 28.

[6] Tite-Live, I, 28. — Denys d'Hal., III, 21. 22. — Cic., *pro Milone*, 3. — Cf. *de invent. rhet.*, II, 26. — Valère-Maxime, VI, 3, 6. VIII, 1, 1. — Florus, I, 3, 5. — Festus, v. *Sororium tigillum*. — Aurelius Victor, *de viris illustribus*, c. 4. — D'après Denys, le peuple aurait jugé directement Horace, sans le préalable des duumvirs ; d'après Valère Maxime, VIII, 1, 1. « Horatius, a Tullo rege damnatus, ad populum provocato judicio absolutus est. » Il est à remarquer que, suivant Tite-Live et Festus, le peuple, tout en absolvant, comme juge d'appel du crime de *perduellio* ou de *parricidium*, impose au meurtrier une peine expiatoire. L'histoire ne nous dit point sur la proposition de qui.

pénales positives. Quand il se commet un attentat contre la chose publique, on charge deux citoyens, *duoviri*, de la poursuite[7]. Régulièrement ces commissaires n'ont d'autre charge que d'instruire le procès et d'accuser l'auteur du crime devant le peuple, qui le juge[8] : c'est pourquoi on les appelle inquisiteurs, *quæstores*, i. e. *quæsitores*[9]. Parfois cependant on leur délègue aussi le pouvoir de juger[10]; mais, dans ce cas, il y a toujours de leur jugement, favorable ou défavorable, appel au peuple, *provocatio ad populum*[11]. L'accusé, reconnu coupable, est condamné à la peine de mort[12], soit que l'on charge des licteurs et des esclaves publics de l'exécution du jugement[13], soit que l'on se borne à vouer le criminel aux dieux, *sacer*, ce qui met sa vie à la merci du premier venu[14].

18. On conçoit que le premier fait qui fut jugé mériter une punition aussi sévère ait été la trahison envers la patrie, *perduellio*[15]. Ce nom servit même pendant longtemps à désigner tout méfait paraissant assez

[7] Par qui ces DUOVIRI étaient-ils nommés? par le roi ou par le peuple? La seconde alternative est plus probable. Des mots que TITE-LIVE, I, 26, attribue à Tullus Hostilius : « *Duumviros secundum legem facio* » il ne résulte pas nécessairement que la nomination ait été faite par le roi; car FACERE peut dire aussi bien proposer que nommer. D'ailleurs, si le roi les avait nommés, l'appel aurait dû être interjeté auprès de lui et non pas auprès du peuple. Sous la république, l'élection par le peuple paraît certaine. TITE-LIVE, VI, 20, et, ci-après, nº 90. Il est vrai que dans le procès de Rabirius, défendu par Cicéron, les *duoviri perduellionis* avaient été nommés par le préteur; mais ce procédé était illégal. DION CASSIUS, XXXVII, 26, et ci-après, nº 92 *in fine*.

[8] VARRON, *de l. l.*, V, 81. VI, 90. 92 (IV, 14. V, 9, col. 44, Gothofr. – p. 24. 75 sq. Bipont.). – CIC., *de republica*, II, 35. – TITE-LIVE, II, 41. III, 24. 25. – DENYS D'HAL., VIII, 77. – ZONARAS, VII, 13. – ULPIEN, Fr. un. § 1, D., *de officio quæstoris* 1, 13. – LYDUS, *de magistratibus*, I, 26.— Cf. ci-après, nºs 90 sq.

[9] VARRON, *de l. l.*, V, 81. « Quæstores a *quærendo*, qui conquirerent publicas pecunias et maleficia. » – FESTUS, vv. *Parrici. Quæstores*. – LYDUS, *de magistratibus*, I, 26 « οἷον ἐρευνᾶν. »

[10] TITE-LIVE, I, 26. VI, 20. Cf. POMPONIUS, Fr. 2, § 23, D., *de origine iuris* 1, 2. Il faut tenir compte de ce que le mot *iudicare* ne veut pas toujours dire *juger*, il signifie souvent tout simplement : *poursuivre le procès, accuser*. TITE-LIVE, XXVI, 3. XLIII, 16 et *passim*.

[11] TITE-LIVE, I, 26. VIII, 33. – VALÈRE-MAXIME, VIII, 1, 1. – FESTUS, v. *Sororium tigillum*. Cf. CIC., *pro Milone*, 3. *Voy.* aussi ci-dessus, p. 36, notes 45-47, et ci-après, nº 89 *in fine*.

[12] On applique, à la vérité, encore une autre peine capitale, en punissant de la perte de la liberté le citoyen qui se soustrait au cens; mais cette peine est encourue par le fait même, sans qu'il soit besoin d'un jugement.

[13] TITE-LIVE, II, 5. III, 55. VI, 20. X, 1. 9. – DENYS D'HAL., II, 29. – TACITE, *Annales*, II, 32; XVI, 11. – SUÉTONE, *Néron*, 49. – AULU-GELLE, XX, 1. – DION CASSIUS, LX, 18.

[14] DENYS D'HAL., II, 10. 74. V, 70. VI, 89. – TITE-LIVE, III, 55. – CIC., *pro Tullio*, 47. – FESTUS, vv. *Plorare. Sacer mons. Sacratæ leges*.

[15] Originairement *perduellis* est l'expression la plus énergique pour désigner l'ennemi extérieur (*duellum* = *bellum*). Quand on eut admis de préférence le mot *hostis* pour l'ennemi du dehors, *perduellio* devint le terme technique pour les attentats contre la république, commis par les citoyens mêmes, attentats que l'on comprit plus tard sous la qualification de *maiestas*. VARRON, *de l. l.*, VII, 49 (VI, 3, col. 53, Gothofr. – p. 91 Bipont.). – CIC., *de officiis*, I, 12. – FESTUS, v. *Hostis*. – Fr. 234, D., *de verb. signif.*, 50. 16. – Fr. 11, D., *ad legem Iuliam maiestatis*, 48, 4. Cf. ci-après, nº 93.

grave pour appeler la vindicte publique, par la raison que l'auteur d'un pareil crime se mettait en état d'hostilité flagrante envers la société [16]. Bientôt cependant on commença à distinguer par une dénomination particulière le meurtre d'un proche parent, *parricidium* [17], et l'on ne tarda pas à assimiler au parricide tout meurtre quelconque, commis sciemment et méchamment [18]. Dans la loi des Douze Tables, le nombre des crimes publics se trouve augmenté de la félonie envers le client ou le patron, du vol de récoltes, du crime d'incendie, de la prévarication du juge et du faux témoignage, des sortiléges et d'une espèce d'injures diffamatoires que l'on désigne par le mot *occentare* [19]. Les méfaits qui ne paraissaient pas au même degré porter atteinte à la chose publique étaient punis par des amendes infligées par le peuple [20] ou par les magistrats [21]. Le pouvoir des magistrats d'imposer des amendes au citoyen rebelle

[16] Horace était poursuivi du chef de *perduellio*, d'après TITE-LIVE, I, 26; du chef de *parricidium* d'après FESTUS, v. *Sororium tigillum*. Les deux termes, au reste, servent à désigner d'une manière générale tout crime appelant la vindicte publique ou excitant une répulsion universelle : PERDUELLIO, προδοσια. DENYS D'HAL., II, 10. VIII, 77. – TITE-LIVE, II, 41. XXVI, 3; XLIII, 16. PARRICIDIUM. CIC., *de legibus*, II, 9. « .... sacrum sacrove commendatum qui cleperit, rapsit, parricida esto. » – LE MÊME, *in Catilinam*, I, 12; *in Verrem*, II, 5, 66; *ad famil.*, X, 23. – SALLUSTE, *Catilina*, 14. 31. – TACITE, *Ann.*, IV, 34. *Hist.*, I, 85. – FLORUS, I, 9. IV, 1.

[17] CIC., *pro Roscio Amerino*, 25; *pro Milone*, 7. – SÉNÈQUE, *de clementia*, I, 23. – QUINTILIEN, *inst. orat.*, VIII, 6, 35. Cf. V, 11, 56.

[18] PLUTARQUE, *Romulus*, 22. – FESTUS, v. *Parrici*........ Lex Numæ Pompilii regis his composita verbis : SI QUIS HOMINEM LIBERUM DOLO SCIENS MORTI DUIT, PARRICIDA ESTO. » Les mots PARRICIDA ESTO veulent dire que le coupable doit être puni comme s'il était parricide. C'est le plus ancien exemple d'une fiction que nous offre l'histoire du droit romain. Cf. ci-après, n° 130.

[19] *A*) *Voy.* ci-dessus, page 40, note 10. — *B*) PLINE, *H. N.*, XVIII, 3. — *C*) Arg. GAIUS, Fr. 9, D., *de incendio* 47, 9. — *D*) AULU-GELLE, XX, 1. Cf. XV, 13. – CIC., *de officiis*, III. 31. — *E*) PLINE, *H. N.*, XXVIII, 2. XXX, 1. – SÉNÈQUE, *quæst. natural.*, IV, 7. – SERVIUS, *ad Verg. Ecl.* VIII, 99. – AUGUSTIN, *de civitate Dei*, VIII, 19. — *F*) CIC., *de rep.*, IV, 10; *Tuscul.*, V, 2 : « Nostræ contra XII Tabulæ cum perpaucas res capite sanxissent, in his quoque sanciendum putaverunt : SI QUIS OCCENTAVISSET SIVE CARMEN CONDIDISSET, QUOD INFAMIAM FACERET FLAGITIUMVE ALTERI. » – CORNUTUS, *ad Persii Sat.* I, 123 : « Lege XII Tabularum cautum est, ut fustibus feriretur, qui publice invehebatur. » – HORACE, *Satires*, II, 1, 81 sq. *Epist.*, II, 1, 152 sq. et ACRON et PORPHYRIUS, *ad hh. ll.* – FESTUS, v. *Occentassint* antiqui dicebant, quod nunc *convicium fecerint*, dicimus.... » Cf. PAUL, V, 4, 6, et ci-après, t. II, § 272.

[20] VARRON, *de re rustica*, II, 1, 9. – TITE-LIVE, II, 52. III, 31, et DENYS D'HAL., IX, 27. X, 42. 48-52. — Cf. ci-après, nos 53. 96.

[21] Si l'on prenait à la lettre un passage de VARRON, *de lingua latina*, V, 177 (IV, 36, col. 29, Gothofr. – p. 48 Bipont.), le terme *multa* n'aurait été appliqué qu'aux amendes des magistrats; mais c'est inexact. Il y a, au reste, entre ces amendes et celles infligées par le peuple une différence essentielle. Ces dernières sont prononcées en suite d'un jugement régulier, tandis que le magistrat punit selon son bon plaisir, sans débats ni défense préalables. C'est là une conséquence du pouvoir arbitraire qui appartient à tout délégataire de la souveraineté nationale et qui lui permet même d'employer la force physique, *coercitio*, contre les individus qui résistent à ces ordres. Cette matière appartient donc à un ordre d'idées tout différent de celui dont nous nous occupons dans le présent paragraphe : elle serait mieux placée au chapitre où nous traiterons « du pouvoir des magistrats ». C'est aussi là que nous la reprendrons dans la seconde période, ci-après, nos 53 et 89; mais, dans la première période, il était difficile de lui trouver une autre place.

à leurs ordres, passa des rois aux consuls [22]. En 300, une loi *Aternia Tarpeia* l'étendit à tous les magistrats [23]. Le montant des amendes variait probablement, dans l'origine, suivant la volonté arbitraire de l'autorité qui les imposait; mais dès les premiers temps de la république, des lois positives fixèrent un maximum pour les amendes à prononcer par les magistrats, *suprema* ou *maxima multa* [24]. A l'effet d'assurer l'exécution de leurs ordres, les magistrats pouvaient aussi employer la force publique, en faisant appréhender au corps les citoyens rebelles. L'exercice de cette prérogative, tout arbitraire, ne laissa pas que de donner lieu à de grands abus, auxquels les auteurs de la loi *Aternia Tarpeia* espéraient peut-être mettre fin en accordant à tous les magistrats le droit de prononcer des amendes. Mais cet espoir ne se réalisa guère, et nous verrons que l'on fut plus tard obligé d'agir d'une manière plus directe et plus efficace par des lois nouvelles [25].

19. Il est tout naturel, avons-nous dit plus haut, que la nation s'émeuve des méfaits qui lèsent la communauté entière, qu'elle les poursuive et les punisse; mais à quel titre s'occuperait-elle des faits qui ne font tort qu'à des intérêts individuels? Le soin de prévenir ou de réparer les lésions de cette nature demeure abandonné au particulier qui en souffre [26]. Mais, comment s'y prendra-t-il? Les actes qu'il tente pour se faire justice pourront amener des collisions qui troublent la paix publique : de là la nécessité de faire intervenir les magistrats chargés de veiller au maintien de l'ordre [27]. Les formalités primitives de la procédure nous apprennent comment cette intervention qui, au premier abord, paraît peu compatible avec le sentiment de l'indépendance individuelle, a pu être légitimée par

[22] Cic., *de republica*, II, 9 in fine.

[23] Denys d'Hal., X, 50. — Cic., *de republica*, II, 35. — Cf. Zonaras, VII, 15.

[24] Une loi *Valeria* de 245 fixa le *maximum* à deux moutons et cinq bœufs. Plutarque, *Publicola*, 11. D'après les témoignages assez confus que nous citerons à la fin de la note, il paraît que la loi *Tarpeia Aternia* ou une loi *Menenia Sestia*, de 302, aurait permis d'aller jusqu'à deux moutons et trente bœufs. Enfin, une loi *Papiria*, rendue en 324, au commencement de la période suivante, prescrivit le payement des amendes en monnaie : le mouton évalué à dix as, le bœuf à cent as. Cic., *de rep.*, II, 35. — Tite-Live, IV, 30. — Pline, *Hist. nat.*, XVIII, 3, 3. — Aulu-Gelle, XI, 1. — Festus, vv. *Æstimata. Multam. Ovibus. Peculatus. Voy.* encore ci-après, nº 96.

[25] *Voy.* ci-après, nºs 53. 89. 95.

[26] Cette manière de voir, qui permet au particulier de commencer par se faire justice à lui-même, se retrouve encore à une époque assez avancée dans la procédure extrajudiciaire de la *manus iniectio* et dans la *pignoris capio;* et même le droit de Justinien en a conservé une trace dans la *prohibitio per manum,* permise à l'effet d'empêcher des constructions qu'un voisin tente d'élever sur notre terrain. *Voy.* ci-après, § 43, nºs 4. 5, observation, ainsi que t. II, § 283, nº 2. La marche progressive des idées romaines sous ce rapport est élégamment décrite par Ovide, *Fastes*, 277-282.

[27] Pour bien comprendre l'exposé qui va suivre, il est indispensable de le combiner avec ce que nous dirons ci-après, nº 96 et § 43, sur l'histoire de la procédure civile et particulièrement sur l'origine des *legis actiones*.

la soumission volontaire des parties intéressées [28]. Deux guerriers, se disputant un prisonnier de guerre, en viennent aux mains [29]. Le roi, attiré par l'altercation, leur ordonne, dans l'intérêt de la discipline militaire, de lâcher l'objet de la contestation [30] et s'informe des causes de la lutte. Chacun prétend que l'esclave lui appartient. Si l'on veut empêcher que le désordre ne se renouvelle, la question doit être vidée. L'un des rivaux fait un appel à l'honneur de l'adversaire en le provoquant à un pari : « Je gage cinquante as que l'esclave est à moi [31] ». L'autre, à moins de se déshonorer, ne saurait refuser la provocation, il accepte la gageure [32]. L'enjeu est déposé, et le roi, assisté des guerriers présents, est appelé à juger le pari. Mais, en jugeant le pari, on décide en même temps implicitement la question de propriété. La partie victorieuse n'a pu gagner que si l'objet litigieux est reconnu lui appartenir [33]. Voilà le moyen trouvé de faire dériver du pouvoir militaire du chef la IURIS DICTIO sur les contestations entre particuliers. Le besoin fit de ce mode un usage constant, que la loi elle-même finit par sanctionner, en déterminant d'une manière précise les formalités à suivre qui sont connues sous le nom de *legis actio per sacramentum* [34], et en réglant la composition du tribunal.

Il est probable que dans l'origine la contestation était sur-le-champ jugée par les citoyens qui se trouvaient accidentellement sur les lieux : mais déjà de bonne heure on dut sentir la nécessité de donner à ces jugements une organisation régulière; et nous trouvons, du temps de la république, des tribunaux permanents qui existaient probablement déjà sous les rois. Les *centumviri* sont incontestablement une représentation de la nation divisée en tribus, et il est impossible de refuser un carac-

[28] Pourquoi ne rapporterait-on pas à la *iurisdictio* en général la réminiscence des anciennes mœurs qui se trouve chez CICÉRON, *pro Cluentio*, 43. « Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset? »

[29] *Manuum consertio*. AULU-GELLE, XX, 10, et ci-après, § 117, note 5.

[30] *Mittite ambo hominem*. GAIUS, IV, 16, et ci-après, § 117 note 6.

[31] Rien n'est plus conforme aux mœurs romaines que ces provocations avec gageure, adressées à un adversaire à l'effet de faire décider une contestation quelconque par un ou plusieurs citoyens, voire par le peuple entier. Nous en trouvons des exemples à toutes les époques de l'histoire romaine : PLAUTE, *Casina*, prol. 75; *Bacchides*, IV, 9, 133; *Pœnulus*, V, 4, 72; *Persa*, II, 2, 4. — CIC., *de officiis*, III, 19; *in Pisonem*, 23 in fine; *in Verrem*, II, 3, 57. 60. 62. — TITE-LIVE, III, 24. XXXIX, 43. Cf. XXVI, 48. XL, 46. — VALÈRE-MAXIME, II, 8, 2. VI, 1, 10. — PLUTARQUE, *Tiberius Gracchus*, 14. — AULU-GELLE, VII, 11, 9. XIV, 2, 26. — *Voy.* encore ci-après, t. II, § 266, note 9.

[32] « *Hunc ego hominem meum esse aio : quando negas, te sacramento quinquagenario provoco.* » — « *Similiter ego te sacramento quinquagenario provoco.* » GAIUS, IV, 14. 15. 16, et ci-après, § 43, notes 6. 7; § 117, note 9.

[33] Cf. ci-après, § 43, n° 1.

[34] *Sacramentum* est l'enjeu déposé. *Voy.* ci-après, § 43, n° 1.

tère analogue aux *decemviri stlitibus iudicandis* dont l'origine remonte probablement aux premiers temps de la république et peut-être plus haut encore. Comme nous manquons de tout renseignement certain sur l'organisation judiciaire et sur la procédure civile pour les temps antérieurs à la loi des Douze Tables, nous devons nous borner ici à ces indications générales, en renvoyant, pour les détails de ces deux tribunaux, à l'époque suivante[35], où nous verrons également que, déjà avant la loi mentionnée, on avait l'habitude de soumettre certaines contestations peu graves et d'une nature particulière, *iurgia*, à des arbitres que le magistrat faisait choisir par les parties, mode de procéder qui finit par devenir la règle dans les *iudicia privata* [35]. Pour ne pas laisser de lacune, il convient de faire observer que, parmi les méfaits qui aux yeux des anciens ne paraissaient pas assez graves pour appeler la vindicte publique, on distinguait cependant de bonne heure déjà certaines espèces comme ayant un caractère délictueux et comme autorisant le citoyen lésé à exiger, outre la réparation du préjudice causé, une peine privée, qui était habituellement pécuniaire [36]. La loi des Douze Tables connaît deux espèces de *delicta privata*, savoir le vol, *furtum*, et certains faits dommageables, *injuriæ* [37].

20. Observation. La matière dont nous avons traité dans le paragraphe qui précède est une des plus obscures du droit romain. Particulièrement, en ce qui concerne le droit criminel, nous n'avons de certitude que sur deux points : l'appel au peuple [38] et l'usage de déléguer la poursuite des crimes publics à deux commissaires, *duoviri* ou *quæstores perduellionis* et *parricidii*. Encore les détails de cette dernière institution sont-ils on ne peut plus confus et contradictoires [39]. Tout cela n'empêche pas la plupart des érudits modernes de formuler, avec la plus grande assurance, comme

[35] *Voy.* ci-après, nos 96-100, et §§ 43. 44.

[36] La loi des Douze Tables encore commine des peines corporelles pour le vol manifeste et pour certaines injures. Aulu-Gelle, XI, 18. — Festus, v. *Talionis*. — Gaius, III, 186. 223. — Paul, V, 4. 6. Mais ces peines corporelles disparurent dans la suite. *Voy.*, ci-après, t. II, §§ 268. 272.

[37] *Voy.*, ci-après, t. II, §§ 268. 272.

[38] *Voy.*, ci-dessus, no 6, notes 43-47.

[39] Ainsi, en tenant compte des divers renseignements que nous fournissent les nombreux témoignages réunis ci-après, nous nous trouvons en présence des questions suivantes, dont aucune n'est susceptible d'une solution certaine : Les inquisiteurs criminels étaient-ils identiques avec les questeurs du trésor (ci-après, no 60)? Les uns et les autres étaient-ils nommés par le roi ou élus par le peuple (ci-dessus, note 7)? Quels rapports y a-t-il entre les *duoviri perduellionis* et les *quæstores parricidii?* Les uns et les autres étaient-ils désignés spécialement chaque fois qu'une poursuite criminelle paraissait nécessaire, ou bien constituaient-ils des magistratures permanentes? Chacune de ces questions présente encore des nuances. Nous nous sommes borné dans notre exposé à donner la solution probable de ce qui nous paraissait essentiel pour l'intelligence du mouvement historique de la procédure criminelle. Le lecteur qui veut approfondir devra consulter les auteurs suivants : Varron, *de l. l.*, V, 81. VI, 90. 92 (IV, 4. V, 9, col. 44, lin. 32 sqq. Gothofr. — p. 24. 75 Bipont.). — Cic., *de rep.*, II, 35; *Tuscul.*, IV, 1; *pro Milone*, 3; *pro*

certaines et incontestables des propositions auxquelles on ferait beaucoup d'honneur en les qualifiant de plus ou moins probables. Il ne peut entrer dans le plan de notre livre de discuter *de lana caprina;* mais nous croyons devoir protester contre l'opinion très-répandue qui attribue aux rois la souveraine juridiction criminelle. Le seul fait de l'appel au peuple prouve d'une manière irrésistible que dans cette matière, comme dans toute autre, la souveraineté appartenait à la nation. Mais il y a plus, l'histoire ne nous montre pas un seul exemple d'un roi exerçant légalement la juridiction criminelle, à quelque degré que ce soit[40]. L'on ne se fait pas faute, à la vérité, de citer des textes, mais aucune de ces citations n'est probante [41]. Qu'il nous soit permis encore de signaler, à cette occasion, un élément qu'on néglige habituellement. Dans le système que nous combattons, le roi, suprême juge criminel, devait avoir, *à fortiori,* la souveraine juridiction civile [42]. Et c'est ce que l'on soutient, en effet, en invoquant surtout l'autorité de Cicéron et de Denys d'Halicarnasse et en ajoutant, d'après ce dernier, que Servius Tullius aurait modifié cet état de choses en déléguant les causes civiles à des sénateurs, chargés de juger d'après ses instructions [43]. Les choses auraient marché ainsi pendant un

Rabirio, 4; *in Pisonem,* 2. — Tite-Live, I, 26 II, 41. III, 24, 25. IV, 20. XXVI, 3. XLIII, 16. — Denys d'Hal., VIII, 77. 78. — Suétone, *César.* 12. — Tacite, *Ann.*, XI, 22. — Aulu-Gelle, VII, 9, 9. — Plutarque, *Romulus,* 20; *Publicola,* 12; *quæst. rom.*, 42. — Festus, vv. *Parrici. Quæstores.* — Pomponius, Fr. 2, § 23, D., *de origine juris* 1, 2. — Ulpien, Fr. un. § 1, D., *de officio quæstoris* 1, 13. — Dion Cassius, XXXVII, 27. — Lydus, I, 24. 26. 27. — Zonaras, VII, 13.

40 Nous faisons naturellement abstraction des phrases dans lesquelles il est tout simplement affirmé que les rois exerçaient la justice, sans qu'un fait soit cité à l'appui, telles que nous en trouvons chez Cic., *de republica,* V, 2, ci-après, note 43. — Denys d'Hal., II, 14. 29. IV, 25. 36. — Tacite, *Annales,* III, 26. — Pomponius, Fr. 2, § 1, D., *de origine juris* 1, 2. « .... omniaque manu a Regibus gubernabantur.... »

41 Le fait dont parle Denys d'Hal., II, 53, appartient à un tout autre ordre d'idées. Plus loin, c. 56, le même auteur dit à la vérité que Romulus jugeait seul, μόνος, des affaires criminelles; mais cette manière d'agir est qualifiée d'arbitraire et de despotique. Les passages de Denys, III, 73; Tite-Live, I, 40; Zonaras, VII, 8, n'ont aucun rapport avec la question. Si, d'après Denys, IV, 5, Servius Tullius prononce entre les fils d'Ancus Martius la peine de l'exil, il importe de faire observer, d'une part, que le texte même de Denys nous permet de supposer que cette peine fut infligée en suite d'un jugement de l'assemblée du peuple, et d'autre part, que Tite-Live, I, 41, et Zonaras, VII, 9, disent que les coupables s'exilèrent eux-mêmes : *Suessam Pometiam exsulatum ierant.* Les jugements criminels de Tarquin le Superbe, dont parle Denys, IV, 42, sont, comme ceux de Romulus, des actes despotiques. Le supplice de M. Atilius ou M. Tullius, raconté par Denys, IV, 62, et Valère-Maxime, I, 1, 13, était peut-être aussi un acte arbitraire (le langage de Denys favorise cette manière de voir); mais il n'est pas même dit que le roi ait jugé et condamné : d'ailleurs le coupable était ministre du culte, *duumvir sacris faciundis.* Cf., ci-dessus, note 3, et n° 12, note 10.

42 *Voy.* ci-dessus, note 40.

43 Cic., *de republica,* V, 2. « Nec vero quisquam *privatus* erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur *iudiciis regiis.* » Faisons observer, en passant, que ce passage n'est point en contradiction avec notre manière de voir, si l'on tient bien compte de l'antithèse entre *privatus* et *iudicia regia.* Cf., ci-après, note 45. — Denys d'Hal., IV, 25.

temps plus ou moins long (d'après quelques auteurs jusqu'au septième siècle), quand, un beau jour, on ne sait trop pourquoi, les Romains trouvèrent convenable de créer deux grands colléges judiciaires sous les noms de *decemviri stlitibus iudicandis* et de *centumviri*, tout en laissant subsister les juges particuliers. Nous ne pouvons entrer dans les détails de la controverse, mais l'ensemble de notre exposé [44], nous osons l'espérer, rendra au moins probable que la juridiction civile de l'État même repose originairement sur la soumission libre et volontaire des plaideurs, que dans la plus ancienne procédure la sentence est rendue par des représentants du peuple sous la présidence du roi, qu'enfin les juges particuliers n'ont pu précéder les deux tribunaux des centumvirs et des décemvirs [45]. Dans tous les cas, ce n'est qu'à l'aide de notre hypothèse (qui, d'ailleurs, est parfaitement conforme à la marche générale du droit romain), que l'on parvient à donner un sens rationnel à la grande action de la loi *per sacramentum* qui domine la procédure romaine pendant plus de huit siècles, tandis que, dans tous les autres systèmes, on est condamné à n'y voir qu'une comédie vide de sens, qui n'a pu être inventée que par des esprits oisifs afin d'amuser les badauds et d'ennuyer les plaideurs [46].

ORGANISATION DE SERVIUS TULLIUS. LES TRIBUS LOCALES ET LES CENTURIES.

21. Nous avons rapporté ci-dessus que les plébéiens trouvaient souvent des protecteurs dans les rois qui cherchaient en eux un contre-poids contre le pouvoir jaloux des patriciens et du sénat. Tullius Hostilius et Ancus Martius firent des distributions de terres [1]; Tarquin l'Ancien fit recevoir des plébéiens dans le sénat [1]; Servius Tullius reconnut hautement aux plébéiens le droit de participer à la jouissance du domaine public et fit à son tour des distributions de terres [2]. Ces mesures apportèrent certes des adoucissements éphémères à la misère du plus grand nombre, mais elles laissaient subsister l'état de sujétion qui pesait sur la plèbe entière et qui ne fut modifié que par deux institutions dues au roi que nous avons nommé en dernier lieu. Grâce à ces institutions, la plèbe

[44] Il est essentiel de combiner l'exposé que nous avons fait au nº 19 avec celui qui suivra aux nºs 96. 99 et avec les détails que nous donnerons sur l'histoire de la procédure civile, ci-après, au § 43.

[45] Ces trois propositions s'accordent d'ailleurs parfaitement bien avec les deux passages de Cicéron, que nous avons transcrits aux notes 28 et 43.

[46] *Voy.* ci-après, § 43.

[1] *Voy.* ci-dessus, p. 41, note 17 et p. 50, note 7.

[2] Tite-Live, I, 46, « conciliata voluntate plebis, agro capto ex hostibus viritim diviso ». — Denys d'Hal., IV, 9. 13, ci-après, nº 28, note 1.

reçut une organisation qui lui permit de se préparer au rôle important qu'elle devait remplir dans la suite.

22. La première des réformes de Servius Tullius n'eut, dans l'origine, qu'une importance administrative. Elle se borna, en effet, à une division locale du territoire en districts ou sections. De tout temps, certes, il y avait eu des divisions locales dans la ville de Rome. Nous avons eu l'occasion de signaler l'ancienne division des sept collines, *septimontium*, qui paraît remonter au delà de la fondation de Rome [3]; nous trouvons également, dès les temps les plus reculés, des *montes* et des *pagi* [4]; par suite des assignations de terres, faites aux premiers Quirites, les curies et les tribus génétiques durent prendre un caractère plus ou moins local [5]: mais ce caractère ne se manifeste pas au point de vue administratif, et les *montes* et *pagi* ne paraissent guère que dans l'ordre religieux [6]. La division de Servius, dont nous allons parler, fut donc une innovation. D'après les renseignements, plus variés que certains, que nous trouvons chez les anciens [7], Servius agrandit la ville, en y ajoutant le Viminal et l'Esquilin [8], et acheva le mur d'enceinte que son prédécesseur avait com-

[3] *Voy.*, ci-dessus, page, 29 note 4. — Festus, v. *Septimontio*, énumère les *montes* qui prenaient part aux fêtes du *Septimontium* comme suit : *Palatium, Velia, Fagutal, Subura, Cermalus, Oppius, Cœlius, Cispius*. Comme cette énumération donne huit *montes*, et que des manuscrits de Paul le Diacre ne mentionnent pas le *Cœlius*, il est permis de retrancher cette colline. D'après cela, l'ancien *Septimontium* aurait compris les monts Palatin et Esquilin avec la vallée qui les sépare.

[4] Denys d'Hal., II, 76. — Plutarque, *Numa*, 16, et, ci-après, note 6.

[5] Denys d'Hal., II, 7 *in fine*. Cf., ci-dessus, page 49, note 53.

[6] Varron, *de l. l.*, VI, 24 (V, 3, col. 24. 36, Gothofr. — p. 58, Bipont.). — Siculus Flaccus, p. 164 (25, Goës). — Plutarque, *quæst. rom.*, 68. — Festus, vv. *Publica sacra. Septimontio.* Cf. v. *Cifus*. —*Voy.* cependant Cic., *pro domo*, 28. « ... Nullum est in hac urbe collegium, nulli pagani aut montani (quoniam plebei quoque urbanæ majores nostri conventicula et quasi concilia quædam esse voluerunt), qui non amplissime, non modo de salute mea, sed etiam de dignitate decreverint. »

[7] Voyez les trois notes qui suivent.

[8] Suivant les récits peu concordants que nous fournissent les anciens (particulièrement Tite-Live, I, 33. 36. 44. — Denys d'Hal., II, 36. 37. 50. III, 43. IV, 13. — Tacite, *Ann.*, XII, 24. — Aulu-Gelle, XIII, 14. — Strabon, V, 3. — Aurelius Victor, *de viris ill.*, 7), le *pomœrium*, tracé par Romulus, n'aurait d'abord compris que le mont Palatin auquel l'union des Sabins aurait ajouté le Capitolin, lesquelles deux collines, descendant à l'ouest vers le Tibre, forment encore aujourd'hui la partie centrale de la ville de Rome. Romulus aurait encore ajouté le Quirinal, situé dans l'intérieur au nord du Palatin, et le Cœlius, situé également dans l'intérieur au sud-est du Palatin (à moins qu'on n'admette la version d'après laquelle le Cœlius aurait été réuni à la ville par Tullus Hostilius ou par Ancus). L'on attribue ensuite à Ancus l'annexion de l'Aventin, situé au sud du Palatin et s'étendant jusqu'au fleuve, et à Servius Tullius, celle du Viminal et de l'Esquilin, situés dans l'intérieur au nord-est du Palatin. La ville de Servius Tullius comprenait ainsi les sept célèbres collines, connues sous les noms de : *mons Palatinus, mons Capitolinus, collis Quirinalis, mons Cœlius, mons Aventinus, collis Viminalis, mons Esquilinus*, tous situés sur la rive gauche du Tibre. Le *mons Ianiculus*, situé sur la rive droite, ne fut compris dans la ville que sous Auguste (*voy.* la note suivante), bien que Servius, *ad Verg. Æn.*, VI, 784, le compte erronément parmi les sept collines, en oubliant d'y comprendre le Capitolin.

mencé et qui forma la limite de la ville jusque sous le règne d'Auguste [9]. Il divisa ensuite le territoire en un certain nombre de *regiones* dont quatre, situées dans la ville, reçurent ou plutôt conservèrent les noms consacrés par l'usage de : *Suburana, Esquilina, Collina, Palatina*[10], tandis qu'il nous est impossible de déterminer avec certitude le nombre et les noms des *regiones* de la banlieue. D'après quelques témoignages, plus anciens que certains, le nombre originaire des régions rurales aurait été de vingt-six, ce qui aurait fait en tout trente régions [11]. Cependant vers le milieu du troisième siècle (259), nous ne trouvons que vingt et une tribus (y compris les urbaines) [12], nombre qui s'accroît successivement pour arriver, en 513 de Rome, à trente-cinq [13]. Les citoyens établis dans une région formaient une *tribus* à laquelle était préposé un *curator* [14], chargé du recensement à l'effet de faciliter la levée de l'impôt personnel et de la milice [15]. Bien que cette division territoriale embrassât naturellement tous

[9] Tite-Live, I, 36. 38. 44. — Denys d'Hal., III, 67. — Aurelius Victor, *de viris ill.*, 6. 7. — Auguste réunit à la ville, sous le nom de *regio Transtiberina*, le *mons Ianiculus*, situé sur la rive droite. Après quelques agrandissements partiels sous Néron et Trajan, l'empereur Aurélien fit construire un nouveau mur d'enceinte qui étendit considérablement le territoire de la ville. Cf. ci-après, n° 153.

[10] Varron, *de lingua latina*, V, 46-56 (IV, 8. 9, Gothofr. — p. 15 *in f.* p. 17, Bipont.). — Denys d'Hal., IV, 14.—Tite-Live, I, 43. « Quadrifariam enim urbe divisa regionibus collibusque, quæ habitabantur partes, tribus eas appellavit. » —Pline, *H. N.*, XVIII, 3, 5. —Festus, v. *Urbanas*. — Aurelius Victor, *de viris illustribus*, 7.

[11] Varron, *de vita populi romani*, chez Nonius Marcellus, I, 205 (t. I, p. 240 de l'edit. Bipont. de Varron). — Denys d'Hal., IV, 15.

[12] Tite-Live, II, 21. — Denys d'Hal., VII, 64. Pour concilier ce chiffre avec le chiffre originaire de trente, Niebuhr, 1, p. 462, suppose que la république perdit, par la guerre de Porsenna, une partie considérable de son territoire. D'après Niebuhr, le territoire aurait été réduit aux deux tiers, soit à vingt tribus, auxquelles aurait été jointe une *tribus Claudia*, comme le rapportent en effet, pour l'année 250, Tite-Live, II, 16 et Denys, V, 40. L'hypothèse est assez plausible, sauf le calcul rigoureux du tiers. Il est plus naturel d'admettre simplement, avec Becker, *Alterthümer*, II, 1. 167, que, par suite des conquêtes de Porsenna, on fut obligé de procéder à une nouvelle délimitation des tribus ; ce qui, d'ailleurs, s'accorde parfaitement avec Tite-Live, *l. l.* « Romæ tribus una et viginti *factæ?* »

[13] Aux vingt et une tribus de 259, qui portaient les noms suivants : *Æmilia, Camilia, Claudia, Cornelia, Crustumina, Fabia, Galeria, Horatia, Lemonia, Papiria, Pollia, Popillia, Pupinia, Romilia, Sergia, Veturia, Voltinia*, se joignirent, depuis 367 jusqu'en 513, les *tribus Aniensis, Arniensis, Falerina, Mæcia, Rufentina, Pomptina, Publilia, Sabatina, Scaptia, Stellatina, Terentina, Tromatina, Velina*. Cf. Becker, *Alterthümer*, II, 1, 169 sq.

[14] Nous pourrions nous attendre à trouver ici le mot *tribunus* : aussi a-t-on cru voir dans ces préposés l'origine des *tribuni ærarii*, qui plus tard remplissent les fonctions de receveurs des contributions. Cependant Varron, *de l. l.*, VI, 86 (V, 9, Gothofr. —p. 74, Bipont.) dit *curatores tribuum*, et Denys d'Hal., IV, 14, dit φύλαρχοι ἢ κωμάρχαι. Faut-il prendre ces deux mots comme synonymes ou bien voir dans les κωμάρχαι les préposés des subdivisions locales, *pagi* et *vici?* Cf. Denys, II, 17. IV, 15. — Cic., *pro Sestio*, 15. « vicatim » ; *pro domo*, 21 et ci-après, n° 153.

[15] Les *curatores tribuum* étaient-ils élus par les *tribules* ou bien nommés par le roi ? D'après Denys, IV, 14. 15, ils étaient employés du roi, ce qui n'exclut pas l'election par les contribuables, comme cela se pratique dans l'Inde anglaise, où les *patels*, chefs de village, tout en étant des employés responsables du gouvernement, sont cependant élus par les habitants.

les habitants de Rome [16], elle n'eut cependant d'importance réelle que pour les plébéiens, qui seuls étaient soumis à l'arbitraire royal en ce qui concernait le service militaire et la capitation [17]. Aussi l'institution même qui, selon toute vraisemblance, avait été créée dans un simple but administratif et dans le seul intérêt du pouvoir royal, devint-elle plus tard, pour la plèbe, une des armes les plus efficaces contre l'oppression des patriciens. C'est que, par suite de cette distribution, les plébéiens purent se compter et constater leur grande supériorité numérique, comme, d'un autre côté, elle permit dans la suite à leurs chefs de les convoquer régulièrement et de former ainsi une assemblée parfaitement organisée d'avance, *comitia tributa* [18].

23. Après avoir facilité ainsi la levée de la milice et des impôts, Servius songea à régulariser la répartition de ces charges civiques, afin d'avoir une armée fortement organisée et de remplacer la capitation arbitraire qui avait régné jusqu'alors, par une contribution proportionnée à la fortune [19].

A cet effet, il partagea les contribuables en cinq classes [20] dont la première, comprenant les citoyens ayant 100,000 as ou au delà, était divisée en 80 centuries. La seconde (75,000 as) avait 20 centuries, de même que la troisième (50,000 as) et la quatrième (25,000 as). Enfin, la cinquième (12,500 as, d'après d'autres 11,000) comptait 30 centuries. Chaque classe se divisait en deux catégories, *seniores* et *iuniores*, dont chacune avait un nombre égal de centuries [21]. Tous les membres des centuries contribuaient aux charges publiques et à la défense de la patrie, en proportion de leur fortune; les *juniores* partout où la guerre était portée, les *seniores* dans l'intérieur seulement [22]. Abstraction faite

16 Cette proposition, toute naturelle, est surabondamment confirmée par le fait que la levée de la milice, chevaliers compris, se faisait *tributim*. Denys, IV, 14. V, 75. — Tite-Live, IV, 46. — Valère-Maxime, VI, 3, 4. Cf. Polybe, VI, 20. La division locale finit, au reste, par devenir personnelle, et la qualité de *tribulis* fut dès lors héréditaire.

17 Cf., ci-dessus, page 53, note 29.

18 *Voy.*, ci-après, n°s 28. 35. 39 *in fine*. 45 sqq.

19 Les principaux témoignages des anciens sur les centuries, se trouvent chez Cic., *de rep.*, II, 22. — Tite-Live, I, 42 *in f.* 43. — Denys d'Hal., IV, 16-20. — Cf. Cic., *Acad.*, II, 23. — Asconius, *in Cic. pro Corn.* p. 76. — Tite-Live, III, 30. — Festus, v. *Prætor.* — Servius, *ad Verg. Æneid.*, VII, 716.

20 Denys d'Hal., IV, 18, et Festus, v. *Quintana classis*, parlent de six classes; mais c'est évidemment un malentendu provenant de ce que ces auteurs considèrent comme constituant une classe les centuries qui se trouvaient en dehors des cinq classes.

21 *Iuniores*, jusqu'à l'âge de quarante-six ans accomplis; *seniores*, au delà de ce terme. Polybe, VI, 19. — Tite-Live, XLIII, 14, « minor annis XLVI. » — Aulu-Gelle, X, 28. « ad annum quadragesimum sextum juniores, supraque eum annum seniores appellant. » — Pourtant Denys d'Hal., IV, 16, dit : « ὑπὲρ τετταράκοντα καὶ πέντε ἔτη. »

22 Tite-Live, I, 43. « Prima classis omnes appellati : seniores ad urbis custodiam ut præsto essent; iuvenes, ut foris bella gererent. Arma his imperata, galea, clipeum, ocreæ, lorica (omnia

de tout cens, on avait encore attaché à la première et à la quatrième ou cinquième classe, trois ou quatre centuries d'armuriers, de charpentiers et de musiciens [23]. — Les citoyens compris dans ces cinq classes, contribuant d'une manière régulière aux charges publiques, recevaient, par ce motif, le nom de *assidui* [24], en opposition aux autres contribuables d'une position inférieure, appelés *proletarii* [25]. Parmi ces derniers, on distinguait cependant les plus aisés, ayant plus de 1,500 as, qui formaient une centurie, destinée à remplacer les citoyens armés tombés dans le combat, dont ils endossaient dès lors l'armure, *velati et accensi* [26]; ainsi que les *proletarii* proprement dits, ayant de 375 à 1,500 as et dont la centurie pouvait, en cas de besoin, être armée aux frais de l'État [27]; tandis que ceux dont la fortune n'atteignait pas même le chiffre de

ex ære, hæc ut tegumenta corporis essent), tela in hostem, hastaque et gladius... Secunda classis... arma imperata, scutum pro clipeo, et præter loricam omnia eadem. Tertiæ classis... nec de armis quidquam mutatum, ocreæ tantum ademtæ. In quarta classe... arma mutata, nihil præter hastam et verutum datum. Quinta classis... fundas lapidesque missiles hi secum gerebant.

[23] *Fabri tignarii* et *fabri ferrarii* ou *ærarii*, ὁπλοποιοί; *Cornicines, tibicines, liticines.*— Cic., *de rep.*, II, 22. — Tite-Live, I, 43. — Denys d'Hal., IV, 17.

[24] *Assidui* de *as* et *duere* i. e. *dare*. Cic., *de rep.*, II, 22; *topica*, 2. — Festus, v. *Adsiduus*. « ... Alii eum qui sumtu proprio militabat, ab asse dando, vocatum existimant. » D'après ce dernier texte, le terme ne se rapporterait pas au payement des contributions, mais à l'obligation de s'équiper *proprio sumtu* pour le service militaire. — D'autres ont cru que le mot indiquait plutôt l'obligation *régulière et constante* du service militaire, que partant la forme originaire du mot avait été *adsiduus*. Cette idée, combinée avec la première étymologie de *as* et *dare*, se trouve chez Charisius, *Inst. grammat.*, I (p. 58, édit. Putsche), chez Aulu-Gelle, XVI, 10. « ... Ab assibus, id est ære dando, aut a muneris pro familiari copia faciendi assiduitate, » et Varron, *de l. l.*, VII, 99, (VI, 5, col. 57 *in f.*, Gothofr. — p. 99 *in f.*, Bipont.). « Itaque qui adest, assiduus. » — L'étymologie et le sens que nous avons adoptés paraissent les plus conformes aux sources, surtout en présence de la disposition des Douze Tables, rapportée par Aulu-Gelle. XVI, 10. « Assiduo vindex assiduus esto : proletario quisquis volet, vindex esto. » *Voy.*, ci-après, § 134.

[25] *Proletarii*, ceux dont l'importance principale pour la république consiste à lui donner des citoyens, *proles*. Cic., *de rep.*, II, 22. — Festus, v. *Proletarium*. — Nonius Marcellus, I, 342. — Le sens du mot *proletarii* est, au reste, parfois plus étroit, spécialement quand il est opposé à *capite censi*. On peut voir à cet égard, outre les deux textes cités : Aulu-Gelle, XVI, 10. — Nonius Marcellus, II, 666. — Festus, v. « *Assiduos*..... capite censos, qui nihil præter prolem dare poterant » (d'après un manuscrit de Vienne).

[26] *Accensi*, c'est-à-dire « qui supplendis legionibus adscribebantur, ad legionum censum adscripti. » *Velati*, c'est-à-dire « vestiti inermes qui exercitum sequebantur, » comme on appelle plus tard *velites* les soldats légèrement armés. *Voy.* Cic., *de rep.*, II, 22. — Tite-Live, I, 43. Cf. VII, 14. VIII, 8. — Denys d'Hal., V, 67. — Varron, *de l. l.*, VII, 56. 58 (VI, 3, col. 53, Gothofr. — p. 92, Bipont.). — Nonius Marcellus, XII, 8. — Festus, vv. *Adcensi. Adscriptitii. Velati* appellabantur vestiti et inermes qui exercitum sequebantur, quique in mortuorum militum loco substituebantur. » — Nonius Marcellus, XII, 8. — Végèce, *de re militari*, II, 19. « ... Accensi,... quos nunc supernumerarios vocant. » — Les *accensi velati* étaient probablement, en temps ordinaire, employés à toute sorte de services; c'est pourquoi le mot sert plus tard à désigner des messagers, huissiers ou appariteurs, *ministratores, genus militiæ ministrantibus proximum.* Cf., ci-après, n° 66.

[27] Aulu-Gelle, XVI, 10. — Festus, v. *Adsiduus*, d'après un manuscrit de Vienne, ci-dessus, note 25.

375 as ne figuraient point dans l'armée et s'appelaient *capite censi* [28]. Tous les prolétaires, au reste, étaient soumis à une capitation arbitraire, de même que les autres contribuables qui, par un motif quelconque, ne se trouvaient pas dans les centuries, et que l'on comprenait sous le nom de *ærarii* [29]. — L'armée était complétée par dix-huit centuries de cavalerie, dont six de patriciens et douze de nobles plébéiens que Servius avait créés chevaliers. La république leur fournissait les fonds nécessaires pour l'achat et l'entretien du cheval [30].

Ces cent quatre-vingt-treize centuries formaient donc l'armée, défendaient la patrie contre l'ennemi et fournissaient aux dépenses nécessaires de l'État. A ce titre elles avaient le droit de délibérer sur tout ce qui intéressait la chose publique, notamment sur les lois générales et sur les questions de guerre et de paix. Cependant, les résolutions votées par les centuries, *comitia centuriata,* sur la proposition du roi, n'étaient obligatoires, pour les patriciens, qu'après avoir été expressément sanctionnées par eux dans les assemblées par curies [31].

24. Les comices des centuries renfermaient-ils la nation entière ou bien ne comprenaient-ils que les citoyens qui, jusqu'alors, étaient restés sans droits politiques, c'est-à-dire la plèbe et les clients [32]? Bien que la dernière opinion, émise par Niebuhr et accueillie d'abord avec grande faveur, soit aujourd'hui presque généralement abandonnée, nous la considérons cependant comme préférable. Nos sources historiques ne donnent à cet égard aucun témoignage décisif. Les anciens s'expriment, à la

[28] On raconte que Marius fit, le premier, lors de l'invasion des Cimbres, entrer les *capite censi* dans l'armée romaine. AULU-GELLE, XVI, 10. — VALÈRE-MAXIME, II, 3, 1.

[29] Ce mot répond à l'expression moderne : *taillable à merci. Voy.*, ci-après, nº 78.— On pouvait également être *ærarius* à titre de peine. De même, tout individu ayant la qualité de citoyen et habitant Rome, sans être inscrit dans une centurie (p. ex. les *Cærites* et les *municipes*), était *ærarius*. TITE-LIVE, III, 24. XXIX, 37. *Voy.*, ci-après, nºs 58. 78.

[30] POLYBE, VI, 20.—CIC., *de rep.*, II, 20. 22.—TITE-LIVE, I, 43.—DENYS D'HAL., IV, 18. 20. 21. VI, 66. VII, 38. 59. IX, 44. X, 4. 30. 31. — FESTUS, v. *Sex suffragia.* — L'État fournissait aux chevaliers une somme de 10,000 as pour l'acquisition du cheval, *æs equestre;* de là, *equum publicum assignare, equo publico merere.* CIC., *de rep.*, II, 20. — TITE-LIVE, V, 7. XXXIX, 9.—DENYS D'HAL., VI, 13. « δημόσιον ἵππον. »— FESTUS, v. *Equestre æs. Equitare.* Pour les frais de nourriture du cheval, l'État leur accordait une indemnité de 2,000 as, imposée aux personnes qui ne contribuaient pas de leur personne aux charges de la guerre, c'est-à-dire aux femmes non mariées, *viduæ,* et aux personnes *sui iuris* trop jeunes pour faire le service militaire, *æs hordearium.* CIC., *de rep.*, II, 20.—TITE-LIVE, I, 40. « Ad equos emendos dena millia æris ex publico data, et, quibus equos alerent viduæ attributæ, quæ bina millia æris in singulos annos penderent. » — LE MÊME, *epit.* LIX, « *præter pupillos et viduas.* » — *Voy.* aussi GAIUS, IV, 27, et, ci-après, nº 78 et § 43, nº 5.

[31] CIC., *de rep.*, II, 32; *Brutus,* 14; *in Rullum,* II, 11. « Cum maiores binis comitiis voluerint vos de singulis magistratibus iudicare. » Cf. *pro Plancio,* 3; *pro domo,* 14.—TITE-LIVE, V, 46. VI, 41. 42. VIII, 12 *in fine.* XIV, 38. Cf. LE MÊME, I, 17. — *Voy.* aussi, ci-après, nº 45.

[32] Les clients prenaient évidemment part aux comices des centuries. Arg. TITE-LIVE, II, 56. 64. DENYS D'HAL., XI, 45 et ci-après, p. 71, note 10.

vérité, de manière à faire croire que dès l'origine la division en centuries ait été une institution politique générale et uniforme pour tous les citoyens; mais ils tiennent le même langage à l'égard des curies, aux assemblées desquelles cependant il est constant que les plébéiens ne prenaient aucune part. Il nous paraît impossible que déjà sous Servius l'assimilation des deux états ait eu fait assez de progrès pour que les patriciens aient voulu se confondre avec la plèbe dans l'exercice même de la souveraineté nationale, et d'après une classification qui exposait le plus noble d'entre eux à être placé dans les derniers rangs de la masse [33]. Les centuries, considérées comme divisions militaires, contenaient, à la vérité, et patriciens et plébéiens. Mais il n'est pas permis de tirer de ce fait une conclusion applicable à l'ordre politique [34]. D'ailleurs, même dans l'organisation militaire, il y avait une ligne de démarcation infranchissable entre les deux fractions du peuple [35]. Car les patriciens for-

[33] Les patriciens, en effet, n'avaient, en général, que très-peu de biens soumis au cens. *Voy.*, ci-après, p. 71, note 12.

[34] La diversité du point de vue militaire et du point de vue politique dans l'organisation des centuries se montre trop clairement sous plus d'un rapport. Ainsi, les *seniores*, qui ne figurent point dans l'armée active, votent comme les *iuniores* et comptent même autant de centuries. Il est évident que la première classe, la moins nombreuse sans doute, ne pouvait pas fournir autant et même plus de guerriers que les trois classes suivantes réunies, et pourtant elle compte vingt centuries de plus. Les *proletarii* et les *capite censi*, bien que ne figurant pas dans les cadres de l'armée, ont deux *suffragia*. D'après Festus, il y avait même une centurie supplémentaire, appelée *ne quis scivit*, dans laquelle pouvaient voter les citoyens qui, pour une cause quelconque, n'avaient pas pris part au vote de leur centurie. FESTUS, v. *Ne quis scivit*.

[35] D'après Niebuhr, que nous suivons encore ici (bien que sa manière de voir ne compte plus guère de partisans aujourd'hui), les patriciens auraient exclusivement servi dans la cavalerie. Cf., ci-dessus, page 51, note 15. Ce fait, très-vraisemblable en soi, acquiert un plus haut degré de probabilité par divers témoignages des anciens. Pour TITE-LIVE, I, 13. 36, les cavaliers de Romulus et les *Ramnes, Tities, Luceres* sont synonymes. Le même langage, ou un langage analogue, se trouve chez CIC., *de republica*, II, 20. — FLORUS, I, 1. 15. — AURELIUS VICTOR, *de viris ill.*, 2, 11. 6, 7. Cf. SERVIUS, *ad Verg. Æn.*, V, 560, et le *Scoliaste de Crucq* que nous citerons tantôt. TITE-LIVE, I, 35, nous dit encore que dans le cirque de Tarquin l'Ancien, des places particulières étaient assignées aux *patres* et aux cavaliers, *patribus equitibusque*, ce qui veut évidemment dire : aux *seniores* et aux *iuniores* des patriciens. Cf. DENYS, II, 68. Si l'on combine ces deux passages avec HORACE, *ars poëtica*, 342, il paraît probable que le poëte, en donnant aux *Ramnes* l'épithète de *celsi*, fait allusion à leur qualité de cavaliers. Cela est d'ailleurs conforme à ce que dit le *Scoliaste de Crucq ad h. l.* (p. 654, col. 1 sq. de l'édition de 1578), en concluant en ces termes : « Tres autem fuere tribus, vel, ut verius dicam, equites : Ramnes, Luceres, Titienses. » De tout cela il résulte que, pour les Romains, la jeunesse (armée) des anciennes tribus s'identifiait avec la cavalerie. Aussi, la grande mesure de Tarquin l'Ancien, qui eut pour effet de doubler le nombre des *gentes patriciæ*, n'apparaît-elle chez Cicéron et chez Tite-Live que comme une simple augmentation de l'*equitatus*. CIC., *de republica*, II, 20. — TITE-LIVE, I, 35. Cf., ci-dessus, page 41, note 18. Ajoutons que, d'après POLYBE, VI, 20, l'ancienne cavalerie était composée ἀριστίνδην, alors que, de son temps, elle se formait πλουτίνδην, et que les historiens, quand ils parlent de la noblesse des peuples italiques, la désignent par le nom d'*equites* : ainsi, notamment, des nobles de la ville de Capoue, *equites Campani*. TITE-LIVE, VIII, 11. 14. XXIII, 4. 31. — On a soutenu que notre manière de voir était péremptoirement réfutée par le renseignement donné par TITE-LIVE, III, 27, où il est dit que le patricien L. Tarquitius *stipendia pedibus propter paupertatem fecisset*. Mais la conclusion

maient six centuries spéciales de cavalerie, rigoureusement séparées des chevaliers plébéiens. Comment croire dès lors que les mêmes seigneurs qui se tenaient soigneusement éloignés des plébéiens chevaliers aient pu consentir à se confondre avec le dernier manant dans les rangs des fantassins [36]? Et qu'on n'invoque point le nom par lequel les six escadrons patriciens sont désignés, *sex suffragia,* comme une preuve de leur participation au vote dans les comices des centuries. Cette dénomination, loin de prouver le fait, serait, au contraire, sans raison d'être, si, dès le commencement, toutes les centuries militaires s'étaient trouvées sur la même ligne, par rapport au droit de vote; tandis qu'elle s'explique naturellement si l'on admet que cette assimilation à l'égard des six centuries patriciennes eut lieu plus tard et qu'elles reçurent à cette époque le nom de *suffragia,* précisément pour indiquer que dorénavant elles étaient appelées à voter dans les comices, tandis qu'auparavant elles n'avaient fait partie que de l'armée [37]. Par ces considérations et d'autres que l'espace ne nous permet pas d'exposer, il nous paraît impossible de soutenir que, dans l'organisation originaire, les patriciens aient participé aux comices des centuries, ce qui d'ailleurs aurait donné ce résultat singulier de les faire voter sur le même objet d'abord conjointement avec les plébéiens, ensuite seuls dans les comices par curies [38]. Or, une pareille combinaison peut bien se produire dans l'histoire d'un peuple, à la suite de longs troubles civils et d'un jeu irrégulier des institutions; mais

qu'on tire de ce passage isolé n'est rien moins que certaine. Dans l'ordre régulier des choses, le fait est difficile à comprendre. D'une part, en effet, l'État fournissait le cheval et la nourriture, et d'autre part, l'armement de l'ancienne cavalerie était, d'après le témoignage de POLYBE, VI, 25, d'une simplicité telle, qu'il ne devait guère être plus coûteux que celui du plus modeste fantassin armé. Il faut donc bien supposer que le cas de Tarquitius était dû à des circonstances particulières, peut-être à la perte du cheval; car il paraît que l'État ne donnait point d'indemnité de ce chef. Aussi le langage de Tite-Live indique-t-il suffisamment qu'il s'agit de quelque chose d'exceptionnel; et dès lors le fait, loin de nous être contraire, viendrait plutôt à l'appui de notre hypothèse.

[36] Les patriciens, en effet, n'étaient généralement imposés que pour des quotités relativement peu considérables. Cf., ci-après, p. 71, note 12.

[37] Nous ne pouvons fournir aucune preuve à l'appui de cette hypothèse. Il est pourtant deux textes qu'il serait peut-être permis d'invoquer comme probabilités. 1° Nous lisons chez FESTUS, v. *Sex suffragia* appellantur in equitum centuriis, quæ sunt adiectæ (*al.* adlectæ) ei numero centuriarum quas Priscus Tarquinius constituit. » Il est évident que la mention de Tarquin l'Ancien dans ce passage est le résultat d'une erreur flagrante; mais le texte devient intelligible et décisif pour nous, si l'on admet que l'auteur a confondu Tarquin avec Servius. — 2° TITE-LIVE, XLIII, 16, en rendant compte d'une accusation criminelle contre les anciens censeurs, C. Claudius et Ti. Gracchus, portée devant les centuries, raconte que, lors du vote sur Claudius, « ex duodecim centuriis equitum octo censorem condemnassent. » Nous ne concluons pas de ce passage que dans ce procès, qui eut lieu en 583 de Rome, les patriciens n'aient point encore concouru aux comices des centuries; mais il en résulte évidemment ou bien que Tite-Live rapporte à ce procès un mode de votation qui avait existé à une époque antérieure, ou tout au moins que les chevaliers plébéiens ne votaient point avec les *sex suffragia.*

[38] *Voy.*, ci-dessus, note 31.

elle est trop compliquée et trop bizarre pour se rencontrer dans l'origine d'une constitution sociale. Bref, nous pensons que ce n'est que plus tard, probablement par suite de la loi des Douze Tables, que les patriciens furent réunis aux plébéiens dans les comices des centuries, et que, dans les premiers temps de la république, les curies, d'une part, et les comices des centuries, d'autre part, constituaient les deux fractions du peuple romain, à peu près de la même manière dont le peuple anglais était originairement représenté par la chambre des Lords et celle des Communes.

Quoi qu'il en soit, la nouvelle constitution en elle-même n'avait point une base véritablement démocratique. Un coup d'œil sur l'organisation des centuries suffit pour faire voir qu'une prépondérance immense est assurée à l'âge et à la richesse. Les *seniores* ont autant de voix que les *iuniores*, et la première classe, bien que sans doute la moins nombreuse, forme presque la moitié des centuries [39].

FONDATION DE LA RÉPUBLIQUE. TRIBUNS DE LA PLÈBE.

25. Les réformes de Servius indisposèrent l'aristocratie contre lui. Tarquin, aidé des patriciens, l'assassina et lui succéda comme roi. Il commença par anéantir les droits de la plèbe; mais bientôt sa tyrannie pesa également sur le sénat et les patriciens. Une révolution éclata, le roi fut chassé et l'abolition de la royauté, décrétée d'abord par les curies, fut ensuite ratifiée dans l'assemblée des centuries [1].

Dans la nouvelle république, le pouvoir royal fut transféré à deux chefs, élus pour un an et appelés *Prætores* ou *Iudices*, plus tard *Consules* [2]; réforme que Servius Tullius avait déjà projetée, dit-on, et qu'il avait eu l'intention de réaliser par une abdication volontaire [3]. Les premiers con-

[39] Cic., *de rep.*, II, 22. « ... Curavitque Servius quod semper in republica tenendum, ne plurimum valeant plurimi. Is valebat in suffragio plurimum, cujus plurimum intererat esse in optimo statu civitatem. » — Tite-Live, I, 43. — Denys d'Hal., IV, 19. 21. VIII, 82. X, 17.

[1] Tite-Live, I, 59. 60. — Denys d'Hal., IV, 80-84.

[2] Le pouvoir royal, c'est-à-dire avant tout l'*imperium militare*, source première de toutes les attributions des rois. *Voy.*, ci-dessus, n° 3, page 31, et Cic., *de republ.*, II, 32. — Tite-Live, II, 1. — Denys d'Hal., VI, 65. IX, 47. X, 34. — Cf. Polybe, VI, 12 *in fine*. C'est pourquoi les remplaçants du roi s'appellent d'abord *prætores* i. e. *præ-itores*, les *Heer-zog* des Germains. Le titre *iudices* se trouve dans une formule ancienne, consacrée par Varron, *de l. l.*, VI, 88 (V, 9, col. 44, Gothofr. — p. 75, Bipont.). Le mot *consules*, qui certes ne vient pas de *consulere* (car ces magistrats étaient chargés d'*agir* et d'*exécuter*, et non pas de *consulere*) est d'une origine plus récente. *Voy.*, ci-après, n° 56.

[3] Tite-Live, I, 60. « Duo consules..... ex commentariis Servii Tullii creati sunt. » — Le même, I, 48. « Id ipsum tam mite et tam moderatum imperium tamen, quia unius esset, deponere eum in animo habuisse quidam auctores sunt, ni scelus intestinum liberandæ patriæ consilia agitanti intervenisset. » — Denys d'Hal., IV, 40.

suls en 245 de Rome furent L. Junius Brutus et L. Tarquinius Collatinus, ce dernier bientôt remplacé par P. Valerius, surnommé Poplicola. Les patriciens montrèrent, au commencement, beaucoup de bienveillance envers la plèbe. Un certain nombre de plébéiens furent reçus dans le sénat, *patres et conscripti* [4]. La législation de Servius Tullius, que son successeur avait abolie, fut rétablie [5] et le consul Valerius fit voter deux lois, dont l'une limita le droit des consuls d'infliger des amendes et dont l'autre accorda aux plébéiens le droit de provocation aux comices des centuries [6] : enfin tant que la jeune république se trouvait exposée aux tentatives du roi expulsé, la caste privilégiée ménagea la masse et chercha à captiver sa confiance [7].

26. Mais bientôt les patriciens s'abandonnèrent à l'instinct oppressif propre à toute oligarchie. La révolution, qui n'avait amené qu'un simple changement dans la forme du gouvernement sans toucher aux institutions, dut naturellement tourner au profit du premier ordre de l'État. De corps simplement consultatif, le sénat était devenu de fait l'héritier du pouvoir exécutif des rois; les consuls, élus sur la proposition du sénat, et pour une année seulement, devaient nécessairement chercher à se rendre agréables à la caste dominante. Enfin, une autre arme très-dangereuse dans les mains de l'aristocratie était la dictature, introduite à l'exemple des villes latines. Le dictateur ne pouvait être pris que parmi les patriciens; son pouvoir était absolu, et lui permettait d'agir de la manière la plus rigoureuse et la plus arbitraire. Quoique, en concentrant le pouvoir dans les mains d'un seul, on n'eût originairement pour but que d'agir plus efficacement contre l'ennemi extérieur, l'histoire nous montre cependant que cette institution était particulièrement hostile à la plèbe [8].

Même les comices des centuries se trouvaient indirectement sous la dépendance des patriciens, d'abord par l'initiative qui appartenait au sénat et par les auspices dont ils se servaient habilement; ensuite par le pouvoir illimité qui permettait même au magistrat président de refuser

[4] TITE-LIVE, II, 1. – DENYS D'HAL., V, 13. – TACITE, *Ann.*, XI, 25. Cf. FESTUS, vv. *Adlecti. Conscripti. Qui patres.* – SERVIUS, *ad Verg. Æn.*, IV, 246.

[5] TITE-LIVE, II, 9. – DENYS D'HAL., IV, 43. V, 22. VI, 24. – PLUTARQUE, *Publicola*, 11.

[6] CIC., *de rep.*, II, 31. « Legem ad populum tulit eam, quæ centuriatis comitiis primo lata est, ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret neve verberaret. » – TITE-LIVE, II, 8. X, 9.–DENYS D'HAL., V, 19. 70. VI, 43. 58. VII, 41. 52.–VALÈRE-MAXIME, IV, 1, 1.– PLUTARQUE, *Publicola*, 11. – FLORUS, I, 9. – POMPONIUS, Fr. 2, § 16, D., *de origine juris* 1, 2.

[7] SALLUSTE, *Hist.*, fragm. I, 8, ci-après, note 14. – TITE-LIVE, II, 9. – DENYS D'HAL., IV, 9. V, 2.

[8] Aussi les *Fasti Capitolini*, en mentionnant le dictateur de l'an 386, le disent créé « SEDITIONIS SEDANDÆ et rei gerendæ causa, » et DENYS D'HAL., V, 73, qualifie cette magistrature dans les termes suivants : « *ἔστι γὰρ αἱρετὴ τύραννις ἡ δικτατώρια.* » *Voy.* encore TITE-LIVE, II, 18. VI, 15. – DENYS D'HAL., V, 74. – ZONARAS, VII, 13, et, ci-après, n° 62.

les votes qui ne lui convenaient pas [9]; enfin par les clients, qui dans des occasions graves étaient employés à troubler les délibérations et à les rendre impossibles [10].

L'oppression de la plèbe se fit sentir jusque dans la vie privée. La propriété était la base de l'impôt [11]. Or, les patriciens n'en avaient presque pas, et n'en avaient pas besoin, puisqu'ils jouissaient du domaine public [12]; par contre, aucune partie de la propriété plébéienne n'échappait au cens; et pour déterminer la fortune imposable, on ne déduisait pas même les dettes. Encore négligeait-on souvent de faire le cens, de sorte que les diminutions de fortune n'étaient pas constatées [13]. Par suite des guerres continuelles, les plébéiens, enlevés à la culture de leurs champs, se trouvèrent bientôt obérés, et un terrible système d'usure, joint à des lois extrêmement rigoureuses envers les débiteurs, et appliquées par les patriciens avec une partialité révoltante, leur ôtait à jamais toute possibilité de libération [14].

27. Enfin la plèbe se souleva et quitta la villa, *secessio plebis,* en 260 de Rome [15]. Alors les patriciens effrayés consentirent à une diminution des dettes [16] et se résignèrent à faire des concessions importantes au point de vue politique. Après de longues négociations, les deux puissances ennemies convinrent, en effet, d'un traité [17], solennellement juré

[9] Ce droit exorbitant est exercé par les magistrats jusque dans les derniers temps de la république. Cic., *Brutus,* 14.—Tite-Live, III, 21. 64. VII, 18. 22. VIII, 15. X, 15. XXIV, 7, 9.— Valère-Maxime, III, 8, 3. — Velleius Paterc., II, 92.

[10] Tite-Live, II, 35. 56. 64. III, 14. — Denys d'Hal., X, 40. 41. XI, 43.

[11] Cic., *pro Flacco,* 32. — Festus, v. *Censui censendo.* Cf. Tite-Live, II, 23.

[12] Tite-Live, IV, 48. « .... Et cum (tribuni) rogationem promulgassent, ut ager ex hostibus captus viritim divideretur, magnæque partis nobilium eo plebiscito publicarentur fortunæ (nec enim ferme quidquam agri, ut in urbe alieno solo posita, non armis partum erat; nec quod venisset adsignatumve publice esset, præterquam plebs habebat), atrox plebi patribusque propositum videbatur certamen.... » — Horace, II, 15, 13. « Privatus illis census erat brevis, commune magnum. » — Cincinnatus n'avait que quatre arpents. Tite-Live, III, 26. — Pline, *H. N.,* XVIII, 4, 2. Cf., ci-après, § 91, notes 3 sqq.

[13] Tite-Live, V, 10. VI, 27. 31. Cf. Niebuhr, *Römische Geschichte,* t. I, p. 518.

[14] Salluste, *fragm. hist.,* I, 8 (p. 245, edit. Bipont.). « Nam iniuriæ validiorum et ob eas discessio plebis a patribus aliæque dissensiones domi fuere iam inde a principio. Neque amplius quam regibus exactis dum metus a Tarquinio et bellum grave cum Etruscis positum est, æquo et modesto animo agitatum : dein servili imperio patres plebem exercere : de vita atque tergo regio more consulere, agro pellere et ceteris expertibus soli in imperio agere. Quibus sævitiis et maxime fœneris onere oppressa plebes, cum assiduis bellis *tributum simul et militiam* toleraret, armata montem sacrum atque Aventinum insedit. Tumque tribunos plebis et alia sibi jura paravit. » Tite-Live, II, 21. V, 10. VI, 14. 32. — Denys d'Hal., V, 22.

[15] A consulter sur la *secessio plebis* et le traité qui s'ensuivit : Tite-Live, II, 28. 32. 33. — Denys d'Hal.,VI, 37. 45-90. — Cic., *de rep.,* II, 33; *Brutus,* 14; *pro Tullio,* 47. 49; *pro Cornelio,* p. 450 Orelli et Ascon. *in Corn.,* p. 76 Orelli. — Salluste, cité ci-dessus, note 14. — Florus, I, 23. — Appien, *de bellis civ.,* I, 1. — Zonaras, VII, 15. 17.

[16] Denys d'Hal., VI, 83. VII, 30. 32.

[17] C'était un vrai traité international : Denys d'Hal., VI, 89, fait intervenir des féciaux et Tite-Live, IV, 6, parle de *ictum fœdus.*

et placé sous la sanction divine (*lex sacrata* [18]), par lequel la plèbe consentit à rentrer dans la cité romaine, mais à condition d'y avoir dorénavant des représentants officiels. Deux (ou cinq [19]) *tribuni plebis*, que la loi sacrée déclarait inviolables, *sacrosancti* [20], étaient chargés de protéger leurs commettants contre tout abus de pouvoir [21]. On leur adjoignit des lieutenants, également inviolables, auxquels était spécialement confiée la garde des archives de l'État qui se trouvaient déposées dans le temple de Cérès [22]; d'où vient peut-être le nom d'*œdiles*, par lequel on désigne ces aides des tribuns [23].

LUTTES DE LA PLÈBE JUSQU'A LA LOI DES DOUZE TABLES.

28. A partir de cette époque, la lutte commence à s'engager d'une manière régulière entre l'aristocratie et la commune, pour finir par la fusion complète des deux états. Dès la seconde année après la transaction, une provocation imprudente du consul Geganius amena le tribun L. Junius Brutus à convoquer la plèbe par tribus et à faire déclarer, sur la motion du tribun Sp. Icilius, que, sous peine d'amende à prononcer par les tribus assemblées, il était défendu d'empêcher les tribuns de convoquer des réunions de la plèbe et d'y faire des propositions. L'année

[18] Tite-Live, III, 55. — Denys d'Hal., VI, 84. 89. VII, 23. 43. 44. 46. 50. VIII, 87. IX, 46. X, 46. 55. — Festus, vv. *Sacer mons. Sacrosanctum. Sacratæ leges.* — Zonaras, VII, 15. — Cf. Cic., *de officiis*, III, 31; *pro Balbo*, 14. — Appien, *de bellis civilibus*, II, 108. 138. — Macrobe, *Saturn.*, III, 7, 5.

[19] Les anciens ne s'accordent point sur le nombre originaire des tribuns de la plèbe, qui finit par être porté à dix. Cic., *de republica*, II, 34; *de legibus*, III, 9; *pro Cluentio*, 40; *pro Cornelio*, p. 450 édit. Orelli, et Asconius, *ad h. l.*, p. 76. — Tite-Live, II, 33. 43. 48. 49. III, 30. — Denys d'Hal., VI, 89. IX, 2. 41. — Zonaras, VII, 15.

[20] Denys d'Hal., VI, 89. — Tite-Live, II, 33. 54. Cf. III, 55, à la note 22. — Festus, v. *Sacrosanctum*. — Zonaras, VII, 15. Cf. ci-après, n° 64.

[21] Cic., *de republica*, II, 33. — Tite-Live, II, 33. « .... ut plebi sui magistratus essent *sacrosancti*, quibus *auxilii latio* adversus consules esset... » — Le même, III, 9. — Denys d'Hal., VI, 87. — Appien, *de bellis civ.*, I, 1. — Aurelius Victor, *de viris illustribus*, 18.

[22] Denys d'Hal., VI, 90. — Tite-Live, III, 55, en relatant le rétablissement de la *lex sacrata* après la chute des décemvirs : «... *Ut qui tribunis plebis, ædilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset; familia ad ædem Cereris Liberique Liberæque venum iret*...... Institutum etiam ab iisdem consulibus (Valerio et Horatio, 306), ut senatusconsulta in ædem Cereris ad ædiles plebis deferrentur, quæ antea arbitrio consulum supprimebantur vitiabanturque. » — Festus, v. *Sacrosanctum*. — Zonaras, VII, 15. — Cette garde des sénatus-consultes fut plus tard confiée aux questeurs.

[23] Cf., ci-après, n° 59.

[1] Denys d'Hal., VII, 16 sqq., raconte que le consul Geganius refusa, dans une réunion du peuple, la parole au tribun Brutus, en disant que les tribuns n'avaient pas le droit de parler au peuple assemblé sur la convocation des consuls. « Que si vous convoquiez le peuple, ajouta-t-il par dérision (car les tribuns n'avaient pas le droit de convoquer le *populus*), je vous laisserais libre de parler et d'agir. » Le tribun convoqua pour le lendemain la plèbe par *tribus* et fit décréter la motion d'Icilius.

suivante (263), la conduite insolente de C. Marcius Coriolanus fournit aux tribuns l'occasion de montrer que cette déclaration n'était pas une vaine menace : le fier patricien fit cité devant les tribus et, malgré les menaces et les supplications des membres de sa caste, il dut se soumettre à l'exil [2]. Cette condamnation et plusieurs autres qui la suivirent [3] prouvèrent la puissance irrésistible de la commune organisée et encouragèrent les tribuns à poursuivre avec ardeur le redressement des griefs de la plèbe. Parmi ces griefs figurait, en premier lieu, le privilége de la jouissance du domaine public, que les patriciens avaient toujours eu l'art de se réserver. En vain la plèbe demande-t-elle à être admise au partage des terres qu'elle a acquises au prix de son sang [4], les *patres* savent toujours éluder ces justes réclamations. De temps en temps ils consentent à distribuer quelques arpents de terre ; mais leur grand moyen est de rendre suspects ceux qui défendent les droits de la plèbe. Ainsi succomba Sp. Cassius Viscellinus, patricien lui-même, qui, étant consul pour la troisième fois, avait proposé de partager entre les plébéiens des terres nouvellement conquises. Cette proposition, premier exemple d'une loi agraire, fut acceptée par les centuries ; mais les patriciens en empêchèrent l'exécution, condamnèrent, dans l'assemblée des curies, Cassius comme coupable d'avoir aspiré à la royauté, et le tuèrent [5]. Cet acte violent fut suivi d'une réaction déplorable, pendant laquelle l'audace des patriciens s'accrut à tel point que, pour soustraire deux consuls à l'accusation qui avait été portée contre eux par le tribun Genucius, ils ne reculèrent pas devant l'assassinat de l'accusateur [6]. Déjà l'aristocratie rêvait l'abolition du tribunat, quand un ancien centurion, Volero Publilius, parvint à ranimer le courage de ses compatriotes par la résistance énergique qu'il fit aux consuls qui le voulaient arbitrairement enrôler comme simple soldat [7]. Ayant été, à la suite de cet acte d'opposition, porté au tribunat, Volero Publilius réussit (282) à faire donner aux tribus l'élection des tribuns et des édiles de la plèbe, qui jusqu'alors paraît avoir eu

[2] TITE-LIVE, II, 34. 35. — DENYS, VII, 21-69. DION CASSIUS, — fr. 37-41 ed. Gros (15-19, Mai)

[3] TITE-LIVE, II, 52. 54. 61. III, 12. 13. 31. 32. — DENYS D'HAL., IX, 27. 33. 36. 41. 46. 49. 51. 54. X, 4. 5. 8. 42. 48. 49.

[4] Déjà Servius avait reconnu ce droit à la plèbe. DENYS D'HAL., IV, 9 : « Δοκεῖ δέ μοι καὶ τῆς δημοσίας γῆς, ἣν διὰ τῶν ὅπλων κτησάμενοι κατέχετε, μὴ τοὺς ἀναιδεστάτους, ὥσπερ νῦν, κρατεῖν, οὔτε χάριτι, λαβόντας, οὔτε ὠνῇ κτησαμένους ἀλλὰ τοὺς μηδένα κλῆρον ἔχοντας ὑμῶν, ἵνα μὴ θητεύντε ὄντες ἐλεύθεροι, μήτε τὰς ἀλλοτρίας κτήσεις, ἀλλὰ τὰς ἰδίας γεωργῆτε. »

[5] TITE-LIVE, II, 41. — DENYS D'HAL., VIII, 69-99. IX, 51. X. 38. VALÈRE-MAXIME, V, 8. 2. Cf., ci-après, nº 82. — L'exemple du patricien Cassius, condamné par sa propre caste, nous fournit l'occasion de renvoyer à l'intéressant chapitre de Niebuhr, intitulé « des discussions intérieures dans le sein des patriciens. » *Histoire romaine*, t. II, p. 141-146.

[6] TITE-LIVE, II, 54. 55. — DENYS D'HAL., IX, 37. 38.

[7] TITE-LIVE, II, 55. — DENYS D'HAL., IX, 39.

lieu dans les comices des centuries, soumises à l'influence des magistrats patriciens [8]. En 297, le nombre des tribuns fut porté à dix [9], et l'année suivante le tribun Icilius obtint l'assignation à la plèbe de la partie du domaine public qui se trouvait sur le mont Aventin [10]. Mais le triomphe le plus éclatant fut l'admission d'une proposition qui eut pour effet de rendre les patriciens et les plébéiens égaux devant la loi.

29. Les chefs de la plèbe n'avaient pas été longtemps sans s'apercevoir que les causes principales de l'oppression de leurs concitoyens étaient l'incertitude et l'ignorance du droit dans laquelle ils étaient maintenus par les patriciens. Cet état de choses permettait aux magistrats d'exercer, sous le manteau de la justice, le pouvoir le plus arbitraire et le plus tyrannique. Le tribun C. Terentilius Arsa fit donc la proposition de nommer cinq commissaires chargés de fixer par écrit et d'une manière certaine le pouvoir consulaire [11]. L'opposition des patriciens ne fit qu'augmenter l'ardeur du tribun qui, après le rejet de sa motion, la reproduisit l'année suivante sous une forme plus énergique en demandant un code complet du droit, auquel les plébéiens eussent à se conformer [12]. Après une résistance prolongée pendant dix ans, les patriciens se virent forcés de céder; mais, craignant que cette mesure n'eût pour effet de constituer deux nationalités distinctes, dont la plus faible ne tarderait pas à succomber, ils préférèrent la modifier en ce sens, qu'on rédigerait une loi commune à la nation entière [13]. Toutes les magistratures furent suspen-

[8] Tite-Live, II, 56. 58. 60. — Denys d'Hal., IX, 41-49. Les témoignages des anciens sur le mode d'élection des tribuns de la plèbe sont fort contradictoires. Il est probable que les premiers tribuns furent désignés par la plèbe, alors qu'elle était encore campée sur le mont sacré (peut-être sous la présidence du grand pontife (Cic., *pro Cornelio*, p. 451, Orelli. « ... tribunos plebis per pontificem, *quod magistratus nullus erat,* creaverunt. » Cf. Tite-Live, III, 54), et qu'ensuite, jusqu'à Publilius Volero l'élection se fit dans les comices des centuries qui, avant l'innovation de Brutus (ci-dessus, note 1), étaient la seule assemblée des plébéiens. *Voy.*, sur la question : Cic., *pro Cornelio*, p. 450 sq., Orelli. — Tite-Live, II, 33. 56. 58. III, 54. — Denys d'Hal., VII, 89. 90. IX. 41 sqq.

[9] Tite-Live, III, 30. « .... decem, bini ex singulis classibus... » — Denys d'Hal., X, 30. — Zonaras, VII, 17.

[10] Denys d'Hal., X, 31. 32. — Tite-Live, III, 31. 32.

[11] Tite-Live, III, 9. « Nomine enim tantum minus invidiosum consulare (imperium), re ipsa prope atrocius, quam regium, esse. Quippe duos pro uno domino acceptos, immoderata, infinita potestate : qui soluti atque effrenati ipsi, omnes metus legum omniaque supplicia verterent in plebem. Quæ ne æterna illis licentia sit, legem se promulgaturum ut V viri creentur legibus de imperio consulari scribendis. Quod populus in se jus dederit, eo consulem usurum : non ipsos libidinem ac licentiam suam pro lege habituros. » — Le même, III, 24. « Lex minuendæ suæ (id est consulum) majestatis causa promulgata. » La mention du nombre cinq, combinée avec ce que dit Tite-Live, III, 31, semble indiquer que la première proposition des tribuns tendait à faire rédiger la nouvelle loi par les plébéiens. En 300, ils consentirent à ce que la commission fût composée de patriciens et de plébéiens en nombre égal. Enfin les patriciens obtinrent, en échange de leurs concessions, que les décemvirs fussent exclusivement pris dans leur ordre. Denys d'Hal., X, 55.

[12] *Voy.*, en général, sur ces agitations, Tite-Live, III, 9. 10. 31 sqq. — Denys d'Hal., 1-58.

[13] Tite Live, III, 31. — Denys d'Hal., X, 4. — Zonaras, VII, 18.

dues (300), et tous les pouvoirs conférés à un comité composé de dix patriciens élus par les centuries, *decemviri legibus scribundis*. Ce comité publia, après l'année, le résultat de ses travaux, écrit sur dix tables. L'année suivante on élut de nouveaux décemvirs, parmi lesquels il y eut, à ce qu'il paraît, trois ou cinq plébéiens [14]. Ces magistrats rédigèrent deux nouvelles tables comme supplément des dix déjà promulguées [15]. Après l'expiration de leur année, ils se maintinrent illégalement dans leurs fonctions; mais ils en furent destitués (350) à la suite d'une émeute causée par la tyrannie de leur collègue Appius Claudius [16]. La loi des Douze Tables fut ensuite régulièrement votée et sanctionnée par les centuries [17].

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

MORES MAIORUM. — LEGES REGIÆ. IUS PAPIRIANUM.

30. Les origines du droit romain se trouvaient sans doute dans les coutumes qui de la nation mère avaient passé à la nouvelle colonie, *mores maiorum* [1]. De bonne heure le droit public fut déterminé et modifié par la volonté du peuple solennellement et régulièrement exprimée dans les comices, par la loi; mais le droit privé continua de se maintenir et de se développer comme il était né, par l'usage. Le droit coutumier était évidemment double, celui des patriciens et celui de la plèbe. Il est même probable que dans le commencement chaque tribu avait son droit propre. Les différences de tribu à tribu, qu'il est d'ailleurs impossible de préciser, disparurent bientôt; mais la séparation entre la plèbe et les patriciens survécut même à la législation des Douze Tables [2].

Les lois sévères contre les débiteurs, et particulièrement la contrainte

[14] Tite-Live, III, 32-33. — Denys d'Hal., X, 54-57. — Zonaras, VII, 18. — Pomponius, Fr. 2, § 4, D., *de origine juris* 1, 2.

[15] Tite-Live, III, 34 sqq. — Denys d'Halicarnasse, X, 58.

[16] Cic., *de rep.*, II, 36. 37. — Tite-Live, III, 36. 37. — Denys d'Hal., XI, 31. 48.

[17] Tite-Live, III, 34. — Denys d'Hal., X, 32. — Diodore, XII, 26. — Lydus, I, 34.

[1] Pomponius, Fr. 2, § 1, D., *de origine juris* 1, 2. « Et quidem initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit...... » — Denys d'Hal., II, 24. 27. X, 1.

[2] *Voy.* ci-après, n° 35.

par corps, ne s'appliquaient, selon toute probabilité, qu'aux plébéiens [3]; la loi des Douze Tables encore refusait à ces derniers la faculté de contracter mariage avec les *patres* [4]; il paraît que les immeubles d'un plébéien ne pouvaient être acquis par un patricien et *vice versâ* [4]; la législation sur la propriété territoriale est évidemment fondée bien plus sur des institutions plébéiennes que sur la coutume des patriciens qui d'ailleurs, à cause du domaine public dont ils disposaient, étaient bien moins intéressés dans cette matière [5]; enfin, nous pouvons poursuivre jusque dans des temps assez avancés des différences analogues dans les actes les plus importants de la vie civile.

31. Comme on peut l'attendre d'un peuple aussi guerrier que les Romains, ce sont les prêtres qui, dans le principe, se trouvent être les dépositaires du droit [6]. Aussi est-ce à l'occasion du droit sacré que les anciens nous parlent de la première collection de lois [7]. Ils nous rapportent qu'un certain Papirius ou Papisius, pontife sous Tarquin le Superbe, composa un recueil de *leges regiæ*, c'est-à-dire dire de lois votées par le peuple sur la proposition du roi [8]. Cette collection, connue sous le nom de *Ius Papirianum,* paraît avoir conservé une certaine autorité pendant assez longtemps; car encore vers la fin de la république elle fut commentée par le jurisconsulte Granius Flaccus. Cependant nous ne savons rien de précis sur le *ius Papirianum;* il paraît qu'il ne traitait guère que du culte et des cérémonies religieuses [9]. Les savants des siècles derniers ont

[3] *Voy.* Niebuhr, t. I, p. 559. II, p. 318. — Tite-Live, VIII, 28, en parlant de la *loi Pœtelia Papiria* qui abolit l'engagement de la personne du débiteur : « Eo anno (429) plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt. » *Voy.*, ci-après, t. II, § 298. — Le même Tite-Live, VI, 36, dit : « Ubicumque patricius habitet, ibi carcerem privatum esse, » et il rapporte, III, 57, la plaisanterie sanglante du décemvir Appius Claudius, qui appelait la prison « domicilium plebis romanæ. »

[4] Cf. Niebuhr, tome II, pages 181. 317. 340.

[5] *Voy.* ci-dessus, p. 50, note 7 *in f.* p. 51, note 11 ; p. 71, note 12 et, ci-après, n° 82 et § 91.

[6] Cic., *de rep.*, II, 31. — Denys d'Hal., X, 1. — Festus, v. « *Rituales* nominantur Etruscorum libri in quibus perscriptum est quo ritu condantur urbes, ædes sacrentur, qua sanctitate muri, quo iure portæ, quo modo tribus, curiæ, centuriæ distribuantur, exercitus constituantur, ordinentur ceteraque ejusmodi ad bellum ac pacem pertinentia. » — Valère-Maxime, II, 5. 2, et, ci-après, n° 134.

[7] Cic., *de republica,* II, 14. V, 2. — Tite-Live, VI, 1.

[8] L'initiative des lois n'était pas un privilége exclusif du roi; déjà, dans les premiers siècles, nous trouvons une *loi Horatia,* c'est-à-dire proposée par Horatius, qui accorde divers priviléges à une vierge vestale, de nom Tarratia. Aulu-Gelle, VI, 7. « Lex Horatia quæ super ea ad populum lata qua lege ei plurimi honores fuint. » Cf. Pline, *Hist. nat.*, XXXIV, 6.

[9] *Voy.*, en général, Denys d'Hal., III, 36. Cf. V, 1. — Servius, *ad Verg. Æn.*, XII, 836. — Macrobe, *Saturn.*, III, 11. — Pomponius, Fr. 2, § 2. 36, D., *de origine juris* 1. 2. — Paul, Fr. 144, D., *de verb. signif.* 50. 16. — Il est possible que le commentaire de Granius Flaccus soit l'ouvrage que Censorinus, *de die natali*, c. 3, cite sous le nom de « Indigitamenta, c'est-à-dire Tableau des divinités. » *Voy.* Bach, *Hist. jurispr. Rom.*, I, 1, § 8, et Walter, *Geschichte des Röm. Rechts*, § 402, note 8.

cherché à restituer une grande partie des *leges regiæ,* et surtout du *ius Papirianum*, à l'aide des indications qui se trouvent dans les anciens, particulièrement dans Varron, Cicéron, Denys d'Halicarnasse, Plutarque, Aulu-Gelle, Servius, Festus et Macrobe ; mais ces essais sont en général empreints d'une hardiesse qui approche de la légèreté. De nos jours, Dirksen a le premier publié sur cette matière un travail qui se distingue par une critique sérieuse [10].

En dehors de la collection de Papirius, les anciens font encore fréquemment mention de lois royales [11]. Mais ces indications manquent généralement de précision, et il est probable que plus d'une disposition de l'ancien droit coutumier fut, dans des siècles postérieurs, erronément envisagée comme un produit de la législation [12]. Il ne nous est d'ailleurs resté aucun fragment authentique de pareilles lois [13].

LA LOI DES DOUZE TABLES †.

32. Le changement de la forme du gouvernement, qui fut la suite de l'expulsion des rois n'exerça, pendant les premiers temps, qu'une influence minime sur le droit existant [1]. Il est vrai que dans l'ordre politique des réformes importantes furent réalisées par des lois centuriates, surtout

[10] On peut lire, sur les essais hasardés de Baudouin, Orsini, Pighius, Terrasson et d'autres, l'article de DAUNOU dans la *Thémis,* t. V, p. 251 (p. 192 de l'édit. belge). — Le travail de DIRKSEN se trouve dans son ouvrage intitulé *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts.* Leipzig, 1823.

[11] CIC., *de rep.*, II, 14. V, 2, qui fait peut-être allusion au *ius Papirianum.* — TITE-LIVE, VI, 1. — DENYS D'HAL., II, 15. 25. IV. 10. 13. 43. — TACITE, *Annal.*, III, 26. XII, 8. — PLUTARQUE, *Romulus,* 22. — FESTUS, vv. *Termino. Parrici quæstores.*

[12] Les livres de droit de l'antiquité contiennent deux citations de *leges regiæ,* savoir : MARCELLUS, Fr. 2, D., *de mortuo inferendo* 11. 8. « Negat lex regia mulierem, quæ pregnans mortua sit, humari antequam partus excidatur ; » et PAPINIEN, *Coll. leg. Mos. et Rom.*, IV, 8 : « Cum patri lex regia dederit in filium vitæ necisque potestatem. » — Un passage mal compris d'un savant italien du XVI[e] siècle, MARLIANI, *Topographia antiquæ Romæ* (dans GRÆVII *Thesaurus antiquit. Rom.*, t. III, p. 86 sqq.), a fait croire que Marliani avait eu et transcrit dans son livre une table antique, contenant des lois royales, et que les érudits se sont plu à appeler *Tabula Marliani.*

[13] Ensuite de l'impulsion donnée par Dirksen (ci-dessus, note 10), on a recueilli les passages des anciens qui mentionnent des dispositions de lois royales. *Voy.* les recueils cités ci-dessus, page 6, note 2 : BRUNS, *Fontes*, p. 1-27, et GIRAUD, *Enchiridion*, p. 4.

† *Voy.*, en général, sur la loi des Douze Tables : CIC., *de rep.*, II, 36. 37. — TITE-LIVE, III, 9. 10. 31 sqq. — DENYS D'HAL., X, 1-3. 50. 51. 52. 54-57. 60. et, ci-dessus, n° 29.

[1] Il est impossible de prendre à la lettre ce que dit POMPONIUS, Fr. 2, § 3, D., *de origine juris*, 1, 2. « Exactis deinde regibus lege tribunitia leges hæ (regiæ) exoleverunt. » TITE-LIVE, VI, 1, nous rapporte qu'en 365 le sénat fit restituer des lois royales qui avaient péri lors de l'invasion des Gaulois, et nous avons vu au paragraphe précédent, note 9, que dans les derniers temps de la république, Granius Flaccus fit un commentaire sur le recueil de Papirius. Ces faits sont incompatibles avec la disparition complète des lois royales.

après l'institution du tribunat [2], mais le droit privé ne subit certes aucune modification essentielle. Cependant la transaction continua de se faire lentement entre les deux droits nationaux, jusqu'à ce que la loi des Douze Tables opérât une fusion presque complète. Les anciens disent expressément que le but de cette législation était d'établir un droit équitable, impartial et égal pour les deux fractions du peuple [3]. Les décemvirs adoptèrent probablement les règles qui déjà par l'usage étaient devenues communes aux patriciens et aux plébéiens; et suivant cette impulsion ils en ajoutèrent d'autres dans le même sens. Aussi les dix premières tables furent jugées très-équitables, tandis que Cicéron dit que les deux dernières, où se trouve entre autres la défense de mariage entre patriciens et plébéiens, contenaient *iniquas leges* [4].

33. Nous lisons dans Tite-Live, Denys d'Halicarnasse et d'autres auteurs d'une époque plus récente, que les Romains auraient envoyé des ambassadeurs en Grèce pour y recueillir des lois dont on pût faire usage dans la nouvelle législation, et qu'un certain Hermodore d'Éphèse eut une grande part à la confection des Douze Tables [5]. Ces faits ont été révoqués en doute par de célèbres historiens modernes. D'autres se sont chargés du soin de défendre les anciens. Il est difficile de porter un jugement décisif dans cette question. Le silence des historiens contemporains de la Grèce et des auteurs romains antérieurs à l'empire rend fort douteux le fait même de l'envoi des ambassadeurs; mais alors même qu'on devrait l'admettre, il est probable que ce voyage n'a été qu'un moyen employé par les patriciens afin d'ajourner indéfiniment l'œuvre législative [6]. Ce qui est certain, c'est que le droit contenu dans la loi des

[2] Depuis l'installation de la république, nous remarquons la loi *Valeria de provocatione* (ci-dessus, n° 25); les *leges sacratæ*, créant le tribunat et l'édilité (ci-dessus, n° 27); la loi *Cassia agraria* (ci-dessus, n° 28); les lois *Aternia Tarpeia* et *Menena Sestia*, concernant les amendes, *multæ* (ci-dessus, page 57).

[3] Tite-Live, III, 31. « Legum latores et ex plebe et ex patriciis qui utrisque utilia ferrent, quæque *æquandæ* libertatis sunt. » — Chez le même, III, 34, les décemvirs se vantent « se omnibus summis infimisque jura æquasse. » — Tacite, *Ann.*, III, 27. « *finis* æqui juris. »

[4] Cic., *de republica*, II, 37.

[5] Tite-Live, III, 31. 33. — Denys d'Hal., X, 51. 52. 54. 56. 57. 58. 62. — Tacite, *Ann.*, III, 27. « Creatique decemviri, et accitis quæ *usquam* egregia, compositæ duodecim tabulæ. » — Aulu-Gelle, XX, 1. — Strabon, XIX, 1, 25. — Pline, H. N., XXXIV, 11. — Zonaras, VII, 18. — Fr. 2, § 4, D., *de origine juris* 1. 2. — Cf. Cic., *de legibus*, II, 23. 25. — Pline, *epist.*, VIII, 24. — Servius, *ad Verg. Æn.*, VII, 695. — Aurelius Victor, *de viris ill.*, 21.

[6] C'est Vico qui le premier révoqua en doute le voyage des ambassadeurs romains. Bonamy se rangea de son avis en soutenant que les Douze Tables ne contiennent guère d'éléments de droit grec (*Mémoires de l'Acad. des belles-lettres*, tome XII, page 27). Terrasson, dans son *Hist. de la jurispr. rom.*, cherche longuement à le réfuter. Depuis, beaucoup de savants ont pris parti pour ou contre le voyage en Grèce. L'ancienne opinion a nouvellement trouvé des défenseurs passionnés dans Serpius Gratama, *Oratio de Hermodoro Ephesio, vero XII tabularum autore* (Annales Acad. Groningianæ, 1816-1817), et Sébastien Ciampi : *Novum examen loci Liviani de legatis Athenas missis*. Wilna, 1821. — Elle a été combattue par Gibbon et Niebuhr, et récemment par M. Lelièvre,

Douze Tables est essentiellement national, et qu'aucune législation étrangère n'y a exercé une influence sensible [7].

Dans l'année qui suivit la destitution des décemvirs, les nouvelles lois furent exposées publiquement par les consuls Valérius et Horatius et votées par les centuries. Les tables sur lesquelles elles étaient gravées [8] furent consumées par les flammes lors de l'invasion des Gaulois. On en fit d'autres qui peut-être existaient encore au deuxième ou même au cinquième siècle de l'ère chrétienne [9].

34. La loi des Douze Tables est considérée par les Romains comme la source fondamentale de leur droit national. C'est dans ce sens qu'on lui donne souvent le nom de *lex* par excellence, et qu'on appelle *legitimum* ce qui en dérive [10]. Les anciens en parlent avec un respect et une admiration qui, bien que parfois poussés jusqu'à l'exagération [11], paraissent

Comm. antiquaria de legum XII tab. patria, Louvain, 1827, et M. Roulez, dans le *Recueil encyclopédique belge*, t. I, p. 150.

[7] Ce n'est pas sérieusement que, pour prouver l'origine étrangère des Douze Tables, on invoque les dispositions qui donnent force obligatoire aux transactions des plaideurs, qui permettent de tuer le voleur armé, et d'autres qui se retrouvent dans presque toutes les législations. Il est, à la vérité, possible que plus d'une règle romaine ait été empruntée au droit grec (Cic., *de leg.*, II, 25. — Fr. 4, D., *de collegiis* 47. 22. Cf. Fr. 13, D., *finium regundorum* 10, 1); mais ces dispositions ne se rapportent qu'à des particularités sans influence sur l'ensemble de la législation, dont le caractère *autochthone* ressort invinciblement de l'homogénéité du système même et du développement conséquent qu'elle a suivi jusque dans les derniers temps de l'histoire romaine.

[8] Tite-Live, Denys d'Halicarnasse et Diodore disent qu'elles étaient d'airain. Pomponius, Fr. 2, § 4, D., *de origine juris*, 1. 2, parle de tables d'ivoire, *eboreæ*, auquel mot quelques auteurs voudraient substituer *roboreæ*, tables de chêne. Fr. 2, § 4, D., *de origine juris*, 1. 2.

[9] Tite-Live, III, 34. — Denys d'Hal., X, 3. — Ausone, *Idylles*, XI, 61 sqq. — Ceux qui soutiennent que ces tables existaient encore au deuxième siècle de l'ère chrétienne se fondent sur un passage de Cyprien, évêque de Carthage, lequel, en parlant de la perversité des hommes de son temps, dit entre autres dans ses *Lettres*, II, 2 (p. 48 de l'édition d'Érasme) : « Incisæ sint licet leges duodecim tabulis, et publico ære præfixo jura præscripta sint, inter leges ipsas delinquitur, inter jura peccatur ». Salvien, *de gubern. Dei*, VIII, 5, affirme que, de son temps, vers la fin du cinquième siècle, les Douze Tables existaient encore à Carthage, et Sidoine Apollinaire, *carmen* 23, v. 446, s'exprime de manière à faire croire qu'au milieu du même siècle le poëte et jurisconsulte Léon interprétait à Narbonne la loi des Douze Tables, *bis sex tabulas docens*.

[10] Tite-Live, III, 34. « Qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique iuris est. » — Tacite, *Annal.*, III, 27. « Finis æqui iuris. » — Florus, I, 24. « .... ordinata.... in duodecim tabulis tota iustitia... » — Ulpien, XI, 3. « Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt : per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur. » — Le même, XII, 1. — Gajus, I, 155 et *passim*..

[11] *Voy.* surtout Cic., *de legibus*, II, 23, et *de oratore*, I, 44. Dans ce dernier passage l'auteur fait dire à Crassus : « Fremant omnes licet, dicam quod sentio : bibliothecas, me hercule, omnium philosophorum unus mihi videtur duodecim tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare.... Percipietis etiam illam ex cognitione iuris lætitiam et voluptatem, quod, quantum præstiterint nostri maiores prudentia ceteris gentibus tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim quam sit omne ius civile, præter hoc nostrum, inconditum ac pæne ridiculum : de quo multa soleo in sermonibus quotidianis dicere, cum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus, et maxime græcis, antepono. » — Aulu-Gelle, XX, 1, consacre un chapitre intéressant

justifiés par la concision et la perfection du langage des fragments dont nous avons connaissance, ainsi que par les résultats nés du développement que les institutions dérivant de la loi des Douze Tables ont reçu par la suite. On la faisait apprendre dans les écoles [12], et sous les empereurs encore elle fut commentée par des jurisconsultes célèbres [13].

Cependant elle ne nous a pas été conservée; nous n'en connaissons que des fragments peu considérables, qui se trouvent épars et cités par hasard dans les auteurs, particulièrement dans Cicéron, Aulu-Gelle, Verrius Flaccus et Festus, ainsi que dans les jurisconsultes Ulpien et Gaius. Ces fragments ont servi de base à de nombreux essais de restitution, entrepris depuis le seizième siècle par plusieurs savants, parmi lesquels nous citons Bauduin, Hotman, Leconte, Antoine Agustin et Pithou. Le premier essai remarquable fut publié en 1616 par Jacques Godefroi. Après lui viennent les travaux de Gravina, Terrasson, Funccius, Branchu. Dans la dernière moitié du dix-huitième siècle, Bouchaud, professeur de droit à Paris, écrivit un gros commentaire sur la loi des Douze Tables. Mais tous ces savants, malgré l'érudition dont ils font preuve dans leurs recherches, n'échappent pas au reproche d'avoir accueilli à la légère bien des passages que rien ne prouve avoir fait partie des Douze Tables. De nos jours, Haubold et Dirksen y ont enfin appliqué une critique saine et sévère [14].

à une discussion dans laquelle le jurisconsulte S. Cæcilius, vantant la concision et la justesse exquise du style de la loi des Douze Tables, cherche à la défendre contre les accusations du philosophe Favorinus qui reproche à cette législation *quædam obscurissima aut dura, aut levia contra nimis et remissa, aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia.*

[12] Cic., *de legibus,* II, 4. « A parvis didicimus : Si in ius vocat atque ejusmodi alias leges nominare. » (La première table commençait par les mots : Si in ius vocat.)— Le même, *ibid.*, II, 23. « Discebamus enim pueri XII, ut necessarium carmen. »

[13] Cicéron cite comme interprètes de la loi des Douze Tables les jurisconsultes L. Ælius et L. Acilius (Cic., *de legibus,* II, 23); Pomponius mentionne l'interprétation de Sextus Ælius Catus (Fr. 2, § 38, D., *de orig. juris* 1. 2, et ci-après, n° 138). Aulu-Gelle, I, 12. VII, 15. XX, 1, parle d'un travail de Labéon sur les Douze Tables, et le *Digeste* de Justinien contient vingt passages du commentaire de Gaius sur cette loi, δωδεκάδελτος.

[14] Jac. Gothofredus, *Fragmenta XII tabularum,* Heidelberg, 1616; reproduits dans *Fontes quatuor juris civilis,* Genève, 1653. Cet ouvrage est réimprimé dans J. Gothofredi *Opera,* édition Trotz, et dans Otto, *Thesaurus,* t. III, p. 1-254. Le travail de Godefroi est encore reproduit par Bach, *Historia jurisprudentiæ,* 1, 2, 2; Gravina, *Origines juris civilis,* II, 23-78; Potmier, *Pandectæ Justinianeæ,* tome I, p. lxxiii. — Haubold, *Institutiones juris romani litterarii,* t. I, pars 2, § III. — Dirksen, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel Fragmente.* Leipzig, 1824. — Parmi les travaux de restitution entrepris après Dirksen, il faut surtout signaler celui de M. Schoell, *Legis XII Tabularum reliquiæ,* Leipzig, Teubner, 1866. — Les fragments des anciens qui citent ou mentionnent des dispositions de la loi des Douze Tables sont reproduits dans les recueils de Blondeau, *Monumenta legalia* (tome II des Institutes), p. 61-76; Pellat, *Manuale synopticum,* p. 717; Bruns, *Fontes juris civilis,* p. 14-27; Giraud, *Novum Enchiridion,* p. 7-24. *Voy.* aussi M. Rivier, *Introduction historique au droit romain,* pages 121-132.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS LA LOI DES DOUZE TABLES JUSQU'A LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE.

305-723 de Rome. — 449-31 avant J.-C.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

PROGRÈS DE LA PLÈBE, FUSION DES DEUX ÉTATS.

35. Par la loi des Douze Tables, tous les citoyens étaient égaux quant aux droits civils, sauf la défense de mariage entre patriciens et plébéiens qui se trouvait consacrée dans les dernières tables [1]. Sous l'influence de la terreur causée par la punition des décemvirs, les patriciens laissèrent même à la plèbe conquérir plusieurs droits importants. D'abord les assemblées des tribus furent dès 305, par une loi *Valeria Horatia*, consacrées comme une institution régulière et fondamentale de la république, en sorte que les décrets émanés de ces comices, *plebiscita*, eurent désormais autorité de lois [2]; une autre loi *Valeria* de la même année confirma et

[1] Cic., *de republica*, II, 37. « Duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus... conubia... ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt. — Tite-Live, IV, 4. — Denys d'Hal., X, 60. XI, 28.

[2] Tite-Live, III, 55. « L. Valerius et M. Horatius... omnium primum cum veluti in controverso jure esset tenerenturne Patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulere : Ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret. » — Denys d'Hal., XI, 45. — Zonaras, VII, 19. — Malgré la rédaction absolue du dispositif de la loi Valeria Horatia : « *Ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret* », il est impossible d'admettre que déjà à cette époque le seul vote de la plèbe ait suffi pour donner à une proposition tribunitienne force de loi pour la nation entière. Comment d'ailleurs pareille force aurait-elle pu être donnée aux plébiscites par les comices des centuries, dont les décrets eux-mêmes étaient encore sujets au *veto* des curies? La sanction de ces dernières était certes également nécessaire pour que des plébiscites fusssent *lois du peuple romain*. Mais la loi Valeria Horatia fit des tribus et des plébiscites une institution régulière, un rouage essentiel de l'ordre politique. Auparavant une résolution des tribus pouvait bien acquérir force de loi quand le sénat consentait à la soumettre aux curies ; mais depuis 305 tout plébiscite *devait nécessairement*

étendit la garantie de l'appel au peuple [3]; enfin le tribun Duilius fit passer deux propositions, infligeant la peine capitale à quiconque empêcherait l'élection des tribuns ou oserait faire élire un magistrat *sine provocatione ad populum* [4]. L'entente entre les deux classes du peuple paraît même avoir été telle, qu'en 307 deux patriciens faisaient partie du collége des tribuns de la plèbe [5]. Deux années plus tard (309), le tribun Canuleius obtint l'abolition de la défense de mariage entre patriciens et plébéiens, défense qui depuis longtemps était incompatible avec les mœurs de la nation [6]. Car il est incontestable que déjà avant la loi *Canuleia* les mésalliances étaient assez fréquentes. Mais ces unions ne produisaient pas l'effet d'un mariage civil, et il est probable que les enfants qui en naissaient n'étaient point admis parmi les patriciens [7].

Bientôt cependant les patriciens se crurent assez forts pour résister à ce mouvement progressif; la dernière motion de Canuleius avait déjà rencontré une vive opposition, et il échoua complétement lorsqu'il demanda l'admission des plébéiens au consulat. La noblesse sut éluder la proposition en faisant momentanément remplacer les consuls par six *tribuni militum consulari potestate,* dont trois furent pris parmi les plébéiens [8]. Pressentant qu'à la longue il leur serait impossible de résister aux justes réclamations de la plèbe, les patriciens démembrèrent du pouvoir consulaire certaines attributions, afin de conserver celles-ci quand ils devraient céder sur le consulat. Ainsi furent créées magistratures indépendantes (311) la censure conférée par le sénat et les curies, et plus tard (378) la préture et l'édilité patricienne [9].

36. Depuis la motion de Canuleius jusqu'en 378, il y a tantôt des tribuns militaires, tantôt des consuls patriciens, selon que l'aristocratie perd ou gagne du terrain. Aucun moyen ne répugne aux patriciens pour sauver leurs priviléges menacés; la ruse et la corruption sont les armes ordi-

être porté devant les curies, qui certes n'osaient refuser leur sanction que dans des occasions très-exceptionnelles. Cf. Tite-Live, IV, 6. « .... Plebes ad id maxime indignatione exarsit.... nec ante finis contentionum fuit..... quam victi tandem patres, ut de conubio ferretur, consensere. » — Le même, VI, 42 *in fine.* « ... Factum senatusconsultum, ut .... patres auctores omnibus eius anni comitiis fierent. »

[3] *Voy.* ci-dessus, page 70, note 6, et Ciceron, *de republica,* II, 31. — Tite-Live, III, 55. — Denys d'Hal., XI, 45. Cette seconde loi *Valeria de provocatione* fut, à son tour, renouvelée en 454 par un autre membre de la même famille des *Valerii.* Tite-Live, X, 9.

[4] Tite-Live, III, 55. IV, 13. — Diodore, XII, 28. — Festus, v. *Sacrosanctum.*

[5] Tite-Live, III, 65.

[6] Cic., *de republica,* II, 37. — Tite-Live, IV, 1. 6. — Florus, I, 21.

[7] Cic., *de republica,* II, 37. — Tite-Live, IV, 1. 4. 6. — Denys d'Hal., I, 58. — Florus, I, 25. — Ampelius, XXV, 3. — Cf. Niebuhr, t. I, p. 346, note 833; t. II, p. 380, note 756.

[8] Tite-Live, III, 1 sqq. — Denys d'Hal., XI, 50 sqq. — Le nombre de ces tribuns varie entre trois et douze. *Voy.* Perizonius, *Animadv.,* II, p. 46 sqq., et Niebuhr, t. II, p. 440 et suivantes.

[9] Voir, ci-après, nos 57. 58 sq.

naires, mais l'assassinat aussi est proclamé dans le sénat comme une mesure d'utilité publique [10]. Nous trouvons rapporté dans Dion Cassius le massacre de neuf tribuns de la plèbe, qui a dû avoir lieu vers cette époque [11]. En 315, une famine affreuse poussa le peuple au désespoir; le sénat ne pouvant ou ne voulant secourir, Sp. Mælius, riche chevalier plébéien, sacrifia sa fortune pour acheter des grains, qu'il revendit à des prix modérés, ou qu'il abandonna gratuitement aux plus pauvres. Les patriciens conçurent de l'ombrage de cette conduite et nommèrent dictateur le vieux Cincinnatus, qui souilla sa gloire par sa complicité dans le meurtre de Mælius, commis par le général de cavalerie Servilius Ahala [12]. Ce crime atroce éveilla la plèbe, et il est probable qu'il aurait été suivi de près de la défaite complète des patriciens, si des guerres continuelles n'avaient empêché la plèbe de poursuivre ses efforts. Cependant elle n'en continua pas moins d'avancer lentement : elle obtint d'abord quelques concessions par rapport au domaine public [13]; puis on admit les plébéiens à la dignité quèsteur [14]. Cette dernière mesure était d'une grande importance, car elle avait pour effet d'introduire dans le sénat les plébéiens qui avaient rempli ces fonctions, et d'y créer un parti qui, à la longue, devait nécessairement vaincre la résistance des patriciens [15]. Aussi le sénat (en 348) accorda-t-il de son propre mouvement une paye régulière aux soldats, concession que les tribuns jusqu'alors avaient toujours réclamée sans succès [16]. Mais une autre innovation fut funeste à la plèbe : le droit d'intercession, qui dans le principe n'appartenait qu'au corps des tribuns, fut accordé à chaque tribun en particulier, même contre ses collègues. Nous ignorons si cette mesure était une conquête des patriciens ou si elle a été prise par les plébéiens mêmes qui, se trompant sur l'effet qu'elle produirait, n'y voyaient peut-être qu'une extension donnée à la puissance tribunitienne; tandis que ce n'était, en réalité, qu'un moyen de corruption dans les mains de l'aristocratie [17].

[10] Tite-Live, IV, 6. – Dion Cassius, *fragm.* 46, éd. Gros (22, Vatic.). – Zonaras, VII, 17.

[11] Dion Cassius, *l. l.* – Valère-Maxime, VI, 3. 2, attribue, dans un récit confus, ce forfait au tribun P. Mucius qui, d'accord avec le sénat, aurait puni ainsi des complices de Sp. Cassius. Cf. Niebuhr, t. II, p. 465.

[12] Tite-Live, IV, 13-16.

[13] Tite-Live, IV, 51. V, 24. 30. VI, 5. 21. *Voy.* ci-après, nº 82.

[14] Tite-Live, IV, 43. 54. Cf. ci-après, nº 60.

[15] Festus, v. *Præteriti.*

[16] Tite-Live, IV, 36. 59 sqq.

[17] Un passage de Tite-Live paraît appuyer la première supposition. En parlant d'Appius Claudius, il dit, V, 2 : « Auctorem fuisse per collegarum intercessionem tribuniciæ potestatis dissolvendæ. » Cf. Le même, I, 44. — Dans tous les cas, il est certain que, dans plus d'une occasion, l'aristocratie sut se servir habilement de cette arme. L'exemple du tribun Octavius, qui s'opposa aux motions agraires de Ti. Gracchus, est connu. *Voy.* aussi, sur cette matière, Tite-Live, VI, 35. 49. XXV, 4. XLIII, 16. – Valère-Maxime, VI, 1. 7; 3. 4.

37. L'invasion des Gaulois rejeta la masse de la plèbe dans la plus affreuse misère. L'ancienne oppression, les anciens griefs se reproduisirent. Les dettes des plébéiens s'accrurent d'une manière effrayante; le cens ne se fit plus ou se fit avec l'arbitraire le plus révoltant [18]. La cruauté des patriciens envers leurs débiteurs passa toutes les bornes. M. Manlius, le défenseur du Capitole, s'étant rendu suspect aux patriciens par les secours qu'il prêta aux pauvres, fut traduit devant l'assemblée du peuple sous la prévention d'aspirer à la royauté. Désespérant d'obtenir une condamnation de l'assemblée des centuries, les patriciens le firent illégalement mettre à mort [19]. Le sénat chercha à faire oublier ce crime par des distributions de terres, mais la misère n'en augmenta pas moins. La plèbe allait succomber [20], quand deux hommes, doués d'une grande énergie, la tirèrent de son abaissement et lui assurèrent la suprématie pour toujours. Pendant dix ans (378-388), les tribuns C. Licinius Stolo et L. Sextius ne cessèrent de réclamer contre le mode inique de distribution du domaine public et contre le sort malheureux des débiteurs abandonnés aux cruautés de leurs créanciers. Mais, tout en cherchant ainsi un remède aux maux actuels, ils voulurent en prévenir le retour en étendant les droits politiques de la plèbe. A cet effet, ils demandèrent en dernier lieu que les plébéiens fussent admis au consulat. La résistance des patriciens fut opiniâtre; déjà la plèbe commençait à se lasser, et, ne pensant qu'aux intérêts matériels et aux besoins les plus pressants, elle se montrait disposée à abandonner le dernier point, afin d'obtenir une diminution des dettes et une part minime du domaine public. Mais les tribuns ne voulurent point consentir à scinder leurs propositions et obtinrent enfin tout ce qu'ils avaient réclamé [21]. Néanmoins les patriciens ne se croient pas encore vaincus : quand il s'agit d'installer L. Sextius comme premier consul plébéien, les curies cherchent à se soustraire à cette triste nécessité et refusent de lui conférer le pouvoir. La plèbe doit recourir aux armes, et les patriciens cèdent [22].

[18] Festus, v. *Tributorum.*

[19] Les récits des anciens sur la mort de Manlius portent un cachet d'incohérence et d'invraisemblance qui trahit des altérations évidentes de la vérité. Il en est qui vont jusqu'à affirmer que Manlius fut condamné par les centuries ou même par les tribus et sur la poursuite des tribuns de la plèbe. Tite-Live, VI, 20. – Denys d'Hal., XIII, 6. – Aulu-Gelle, XVIII, 21 – Plutarque, *Camille*, 36. – Valère-Maxime, VI, 3. 1. – Zonaras, VII, 24. Cf. Niebuhr, *Römische Geschichte,* t. II, p. 677 sqq.

[20] Tite-Live, VI, 34. « Tantum in urbe vis patrum in dies miseriæque plebis crescebant. Adeo ergo obnoxios submiserant animos non infimi solum, sed principes etiam plebis... ut ne ad plebeios quidem magistratus capessendos petendosque ulli viro acri experientique animus esset. »

[21] Tite-Live, VI, 35. 36. 38. 39-42. – Appien, *de bellis civ.*, I, 8. – Plutarque, *Ti. Gracchus*, 8. 10. – Dion Cassius, *fragm.* 66-68 éd. Gros (27. 28. Vatic.). – Zonaras, VII, 24. – Cf. Ovide, *Fastes*, V, 283 sqq. – *Voy.*, sur la loi agraire de Licinius, ci-après, n[os] 82. 83.

[22] Tite-Live, VI, 42. VII, 1. – Ovide, *Fastes,* I, 643.

38. A partir de cette époque, les progrès de la plèbe deviennent de plus en plus rapides. En 398, le plébéien C. Marcius Rutilus fut désigné dictateur et, en 404, élu censeur [23]; douze ans plus tard, le dictateur plébéien Q. Publilius Philo fit admettre que dorénavant les deux consuls pussent être pris dans la plèbe et dispensa les décrets des centuries et même les plébiscites de la sanction des curies [24], dispense que la loi *Mœnia* (467) étendit aux élections [25]; la loi *Pœtelia Papiria* abolit en 441 le *nexum* [26]; insensiblement les plébéiens furent admis à toutes les magistratures [27] et, en 500, le plébéien Tib. Coruncanius obtint même la dignité de grand Pontife [28]. C'est en vain que les patriciens, s'emparant de quelques revers essuyés par des consuls plébéiens, cherchent à ressaisir les priviléges perdus; une brillante série de héros montre bientôt que les dieux ne sont pas moins favorables à la roture qu'à la noblesse [29]. Le sénat, recevant ainsi dans son sein les magistrats qui sortaient de fonctions, se modifia essentiellement; bientôt la majorité de ce corps puissant se trouva entièrement déplacée, et il paraît que les motions du

[23] Tite-Live, VII, 17. 22. Cf. VIII, 12 *in fine*.

[24] Tite-Live, VIII, 12. – Zonaras, VII, 24 sq., et, ci-après, nos 43. 45.

[25] Cic., *Brutus*, 14. – Salluste, *Hist. fragm.*, p. 267, edit. Bipont. (ci-après, no 45, note 3)

[26] Cic., *de rep.*, II, 34. — Tite-Live, VIII, 28. – Denys d'Hal., XVI, 9. – Cf. ci-après, t. II, § 298.

[27] *Magister equitum* en 386. Tite-Live, VI, 39. – *Prætor urbanus* en 417. Le même, VIII, 15. Nous avons eu l'occasion de dire ailleurs que, dès 387, sur la rogation de C. Licinius Stolo, le nombre des gardiens des livres sibyllins fut porté à dix, dont cinq plébéiens (*decemviri sacrorum*), et qu'en 454 la loi tribute *Ogulnia* créa pour les plébéiens quatre places de pontifes et cinq d'augures. Ci-dessus, p .45, note 8.

[28] Tite-Live, *epit.* XVIII. Après cet important évenement, il ne reste plus aux patriciens que quelques dignités de peu d'importance, savoir dans l'ordre civil l'*interrex* (ci-après, no 61), et dans l'ordre religieux le *rex sacrorum*, les *flamines maiores*, les saliens et le *curio maximus*. Encore cette dernière dignité devint-elle accessible à la plèbe en 545. Cf. ci-dessus, 45, note 8; p. 46, notes 13. 19; p. 48, note 34.

[29] « L'histoire a prouvé que la loi de Licinius, en opérant un bien infini, n'a pas amené le plus léger préjudice. Les Decius, qui se firent victimes expiatoires pour tout le peuple, étaient plébéiens (Juvénal, VIII, 254 et suiv.); ce furent des plébéiens qui, les premiers, arrêtèrent Pyrrhus et le défirent. Un plébéien soumit les Gaulois d'Italie; le même mit un terme aux victoires d'Annibal. Un plébéien, général rustique, sorti d'une chaumière (Juvénal, VIII, 245-253), détruisit les Cimbres et les Teutons; le consul qui sauva Rome de la conspiration de Catilina était plébéien, et plébéiens aussi les Catons. Le grand Scipion, il est vrai, était patricien, et il domine sa nation comme Annibal s'élève au-dessus de tous les peuples. Les Émilius, les Valerius, les Sulpicius, les Fabius, et, sans parler des Scipions, d'autres branches des Cornelius comptaient des hommes qui furent les premiers de la république. Leurs images regardent sans haine celles des plébéiens illustres qui se trouvent à leurs côtés : chacun, prenant pour point de départ les actions de ses devanciers, s'élevait à de nouvelles hauteurs; mais la dégénération se mit partout quand le pouvoir et la richesse vinrent corrompre les esprits. Cependant les municipes rajeunirent la nation en lui fournissant de nouvelles familles; et, à l'exception de quelques maisons, dont l'éclat n'en fut que plus grand, les patriciens tombèrent bien bas. Catilina lui-même, Lentulus et Céthégus, les chefs de la conjuration, furent tous patriciens; aussi Cornelius Severus lui donne-t-il le terrible nom de crime patricien, *patricium nefas*. Seneca, *Suasoriæ*, 6. » Niebuhr, *Hist. rom.*, t. III, p. 12, *trad. de M. de Golbéry*. *Voy.* encore, ci-après, no 73, note 8.

dictateur Q. Publilius Philo, que nous avons mentionnées ci-dessus, furent soutenues par le sénat contre les curies.

39. Si l'on ajoute à ces causes un phénomène qui se reproduit dans l'histoire de tous les siècles, savoir, que toute caste finit par s'éteindre à la longue [30], on comprend aisément que les patriciens, peu nombreux d'ailleurs, et ne jouissant plus d'aucun privilége réel tout en conservant le prestige que leur donnait leur origine [31], ont dû se perdre dans la masse, et que bientôt la plèbe forma pour ainsi dire la république. C'est à partir de ce moment que le mot *populus* comprend tous les citoyens, tant les plébéiens que les *patres* [32]. Par suite des réformes que nous avons signalées, les curies n'ont guère plus, en effet, qu'une existence nominale [33], et nous voyons les plébéiens participer à l'ancienne institution

[30] Denys d'Hal., I, 85, nous dit que de son temps il n'y avait plus qu'environ cinquante familles d'origine troyenne, c'est-à-dire d'ancienne noblesse patricienne. D'après M. Mommsen, *Römische Forschungen*, p. 122 sqq., l'on ne constate avec certitude, dans les derniers temps de la république, que quatorze *gentes* patriciennes, comprenant à peu près trente familles. Ce qui contribua probablement encore à l'extinction des familles patriciennes, ce furent les mésalliances qui se faisaient dès avant la loi Canuleia. Il n'était d'ailleurs pas sans exemple qu'un patricien entrât dans les rangs de la plèbe, soit en se faisant adopter par un plébéien, soit en faisant une déclaration solennelle de *transitio ad plebem*. Cf. ci-après, nº 48 *in fine*. Les anciens mentionnent des exemples de pareille *transitio ad plebem* à toutes les époques de la république (Zonaras, VII, 15) : la *gens Octavia* après Servius Tullius (Suétone, *Octave*, 2); les consulaires Aternius et Tarpeius en 305 (Tite-Live, III, 65); L. Minucius en 315 (Tite-Live, IV, 16. – Pline, *H. N.*, XVIII, 4, 1.); la branche *Gemina* de la *gens Servilia*, le tribun P. Sulpicius Rufus de la *gens Sulpicia*, les tribuns P. Clodius en 695 et Cn. Dolabella en 707 (cf. ci-après, nº 64, note 26). Il est vrai que les patriciens pouvaient aussi recevoir des accroissements, soit par une mesure législative, soit par adoption. Mais aucun fait appartenant à la première catégorie ne s'est produit pendant la république, si nous faisons abstraction de la cooptation de la *gens Claudia*, dont la date est au reste incertaine; et les adoptions de plébéiens, faites par un chef de famille patricien, paraissent avoir été rares. *Voy.*, sur ces questions, M. Mommsen, *Römische Forschungen*, p. 72-77; p. 123-127; p. 397 sqq. — Faisons observer, en terminant, que l'expression *transitio a plebe*, qui se trouve chez Cic., *Brutus*, 16, ne veut pas dire un passage réel de la plèbe aux *patres*, mais se rapporte aux falsifications que se permettaient des familles dans leurs archives domestiques pour faire croire qu'elles étaient d'origine ancienne et patricienne, *ad illustrandam nobilitatem suam*, tels que falsi *triumphi, plures consulatus, genera etiam falsa et a plebe transitiones, cum homines humiliores in alienum eiusdem nominis infunderentur genus.*

[31] N'oublions pas de rappeler qu'à une époque plus récente, quand les conquêtes des armées romaines eurent singulièrement agrandi l'étendue du domaine public, et plus encore après les conquêtes en dehors de l'Italie, les patriciens avaient des moyens faciles de s'enrichir. Cf., ci-après, notes 37 et suivantes.

[32] Aussi le mot *plebs* change-t-il de signification et finit-il par être appliqué à la masse de la nation qui ne fait pas partie des *optimates*. Ci-après, note 42. C'est dans ce sens que nous le trouvons déjà, vers le milieu du sixième siècle, appliqué aux villes italiques. Tite-Live, XXIV, 2. Cependant, à cause des comices par tribus, le sens originaire du mot *plebs* se maintint également, même jusque sous l'empire, surtout dans le langage officiel. *Lex* (*Acilia*) *repetendarum*, lin. 15, « POPULUM PLEBEMVE. » – Tite-Live, XXV, 12. « Prætor is qui ius populo plebeique dabit summum. » — *Lex de imperio Vespasiani, in f.* « EA PERINDE IUSTA RATAQUE SINT AC SI POPULI PLEBISVE IUSSU ACTA ESSENT. »

[33] Cf. ci-dessus, note 21, et ci-après, nº 48.

des *gentes* [34]. L'on conçoit aisément qu'à une époque où cette institution avait perdu toute importance politique et où la plèbe comptait des familles aussi riches, aussi puissantes et aussi illustres que les patriciens, ces familles soient devenues des centres autour desquels venaient se grouper des clients du dehors et des affranchis avec leur descendance [35]. — Cependant, avant d'arriver à une fusion complète, la plèbe doit encore une fois recourir à la force matérielle. La misère qui suivit la guerre des Samnites et les cruautés exercées contre les pauvres débiteurs provoquèrent la dernière émigration de la plèbe. Le sénat s'interposa entre les plébéiens et les patriciens; une transaction intervint, qui détruisit jusqu'aux derniers vestiges de la puissance des curies. La loi *Hortensia* (468) attribua aux plébiscites force obligatoire pour la nation entière et rendit la compétence des tribus illimitée comme l'était celle des comices par centuries [36]. C'est là le dernier acte de la lutte entre la plèbe et les *patres*.

40. Toutes les réformes politiques sont maintenant réalisées, l'égalité des droits politiques et civils est assurée à tous les citoyens; tout présage un avenir heureux. Mais les faits ne répondent point aux prévisions favorables qu'on aurait pu fonder sur le passé. L'aristocratie de naissance, dont le peuple venait de briser le joug, fut bientôt remplacée par une aristocratie d'argent qui se recrutait indifféremment parmi les patriciens et dans la plèbe, et qui acquérait, comme l'ancienne, par l'administration des affaires publiques, ses moyens de domination. Dès lors le sénat ne fut plus accessible qu'aux riches [37], et les chevaliers formèrent, non plus un corps de guerriers ayant pour mission de défendre la patrie, mais, avant tout, une caste de ploutocrates [38]. C'est dans le premier de

[34] Nous trouvons chez les anciens, entre autres, comme *gentes plebeiæ* les suivantes : *Ælia, Atilia, Calpurnia, Domitia, Fonteia, Licinia, Minucia, Popilia*. Varron, *de re rust.*, II, 1. 45. — Cic., *de legibus*, II, 22; *in Verrem*, II, 1, 45; *in Pisonem*, 25; *pro domo*, 44. — Tacite, *Ann.*, XV, 48. — Pline, *H. N.*, XIX, 2, 2. — Suétone, *Néron*, 1. — Festus, v. *Gens Ælia*. Cf. M. Mommsen, *Römische Forschungen*, p. 73 sq. 104. 107-123. — Il y avait aussi des *gentes* comprenant à la fois des familles patriciennes et des familles plébéiennes. Nous en dirons un mot ci-après, t. III, § 359, Observation.

[35] C'est à l'état de choses créé par ces changements que se rapportent la célèbre définition de Cic., *Topica*, 6 (dont nous avons parlé ci-dessus, page 37, note 56, et d'après laquelle le droit de gentilité n'exige que les trois conditions suivantes : communauté de nom, origine continûment ingénue, absence de *capitis deminutio*) ainsi que le commentaire dont elle est accompagnée chez Boethius *ad h. l.* « Quid, si libertorum nepotes civium romanorum eodem nomine nuncupantur? Num gentilitas ulla est? Ne id quidem, quoniam de ingenuitate ingenuorum gentilitas ducitur. » Cf. ci-après, t. III, § 359, Observation.

[36] *Voy.*, ci-après, nº 45.

[37] La manière dont on répartit, d'après Tite-Live, XXIV, 11, les subsides à fournir pour la formation d'une flotte, prouve évidemment que les membres du sénat appartenaient à la classe la plus riche des citoyens. D'après Suétone, *Octave*, 41, on aurait, dans les derniers temps de la république, exigé des sénateurs un cens de 800,000 sesterces, qui par Auguste fut porté à 1,200,000.

[38] Tite-Live, V, 7, mentionne un *census equester* déjà lors du siége de Véies, 352 de Rome,

ces ordres que se concentre l'action du pouvoir, source directe de richesses immenses par suite des conquêtes toujours croissantes de la république; mais l'ordre équestre puise aussi largement à cette source par la pratique du commerce et la ferme des impôts, surtout dans les provinces [39]. Cette diversité du mode d'exploitation de la fortune publique fit, à la vérité, de temps en temps naître des froissements entre les deux ordres [40]. Mais la politique habile du sénat, qui savait tour à tour conte-

mais sans en indiquer le chiffre. Du temps d'Auguste, nous trouvons 400,000 sesterces, la moitié du cens sénatorial. PLINE, *H. N.*, XXXIII, 2, 8. — HORACE, *epist.*, I, 1, 57. — JUVÉNAL, I, 1, 105. — SÉNÈQUE, *de benef.*, 3. 7. — C'est, au reste, un des problèmes les plus difficiles que celui d'expliquer comment s'est opéré le changement qui transforma en *ordre social et politique* le corps des chevaliers qui, dans l'origine, n'avait évidemment qu'un caractère militaire. Ce serait sortir des limites d'un ouvrage élémentaire que d'exposer ici les diverses hypothèses, plus ou moins ingénieuses, qui ont été émises à cet égard. Nous nous bornerons à esquisser rapidement l'historique de l'institution. La république trouva les dix-huit centuries de cavaliers, créées par Servius Tullius, auxquelles l'État fournissait le cheval et la nourriture du cheval et dont les douze plébéiennes au moins étaient choisies par les consuls, plus tard par les censeurs, parmi les citoyens les plus opulents. Il est donc vraisemblable que les chevaliers plébéiens devaient avoir un patrimoine relativement considérable, probablement de plus de cent mille as; d'après un passage de TITE-LIVE, V, 7, il paraît même qu'il y avait, au moins vers le milieu du quatrième siècle un cens déterminé pour les chevaliers. Cet auteur nous apprend, en effet, qu'en 352, on permit à tout citoyen, ayant le cens équestre, d'entrer comme volontaire dans la cavalerie, à condition de s'équiper lui-même et de nourrir son cheval, sauf à recevoir une paye qui, en 353, fut portée au triple de celle du fantassin. Ces deux catégories de cavaliers (l'une *equo publico* sans solde, l'autre *equo privato* recevant une paye), subsistèrent ensemble, pendant longtemps, avec des fonctions quelque peu différentes; mais, d'après quelques témoignages, la réforme judiciaire de C. Gracchus, qui, en 632, conféra aux chevaliers les fonctions de juge dans les tribunaux criminels (*voy.*, ci-après, nº 94) aurait eu pour effet d'amener la transformation dont nous avons parlé plus haut. C'est du moins ce qui est affirmé par PLINE, *H. N.*, XXXIII, 2. 4, qui prétend que ce fut là l'origine de l'*ordo equester*, et même du nom de *equites*, qui auparavant n'aurait pas été usité : « Ab illo tempore plane hoc tertium corpus in republica factum est, cœpitque adiici senatui populoque romano et equester ordo. Qua de causa et nunc post populum scribitur, quia novissime cœptus est adjici. » L'autorité de Pline est certes grande quand il nous rapporte des faits comme témoin oculaire; mais il n'en est pas de même des renseignements qu'il emprunte à d'autres sources. Il est plus que difficile d'admettre que la réforme de Gracchus ait pu *créer* du jour au lendemain une institution aussi puissante, d'autant plus que les fonctions judiciaires ne donnaient à ceux qui étaient appelés à les exercer aucune communauté d'intérêts, ni même l'occasion de se réunir spontanément. Il est bien plus probable que le tribun a cherché à utiliser une puissance déjà existante. Ajoutons que ce que Pline dit de l'origine récente des mots *equites* et *ordo equester* n'est guère conforme avec d'autres témoignages assez nombreux, et qu'il est certain que longtemps avant Gracchus, au moins déjà en 540, les chevaliers participaient aux opérations des publicains et exerçaient à ce titre une influence très-grande dans les affaires publiques. TITE-LIVE, XXV, 3 et la note suivante.

[39] CICERON, *pro Plancio*, 9. « Flos equitum romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum reipublicæ, publicanorum ordine continetur. » — LE MÊME, *pro lege Manilia*, 7. « eum ordinem qui exercet illa (vectigalia) firmamentum ceterorum ordinem recte esse dicemus. » — TITE-LIVE, XLIII, 16. — TACITE, *Ann.*, IV, 16. — Les associations des *publicani* (*voy.* ci-après, nº 81), qui se composaient en très-grande partie de chevaliers, formaient des coalitions formidables par leurs richesses, leur esprit de corps, et la protection du sénat, qui leur faisait rarement défaut quand il s'agissait d'assurer l'impunité de leurs concussions. TITE-LIVE, XXV, 3. XXXIX, 4. — CIC., *pro Flacco*, 4. « Nefas esse publicanum judicare contra publicanum. »

[40] Aussi les Gracques voulurent-ils se servir des chevaliers pour paralyser le pouvoir du sénat.

nir et ménager les intérêts opposés, finit par absorber les éléments discordants [41]. A mesure que les intérêts matériels grandissent et se dessinent plus clairement, cette rivalité s'efface, et vers la fin de la république les deux ordres qui représentent la richesse se trouvent d'ordinaire réunis dans toutes les questions vitales pour combattre l'élément populaire. Dans les combats qui se livrent sur ce terrain, l'ardeur ne fit pas plus défaut que dans les mouvements de la démocratie qui avaient agité les cinq premiers siècles de Rome; mais autant la lutte entre la commune et les anciens *patres* avait été noble et sublime, autant celle qui s'engagea entre les pauvres et les *optimates* fut triste et affligeante [42]. La nouvelle noblesse plébéienne, formée des familles qui comptent un certain nombre de magistrats [43], ne se montre guère plus équitable que celle des *patres*; toutes les vieilles ruses devenues traditionnelles au sénat continuent d'être employées [44]. C'est toujours au nom de la patrie que se font les spoliations et les violations de la loi; la religion sert, comme autrefois, de manteau à

Voy. ci-après, nº 94. Mais cette opposition entre les deux ordres, quelque vive qu'elle pût paraître parfois (elle est singulièrement exagérée chez Appien, *de bell. civ.*, I, 22), n'alla jamais jusqu'à une scission sérieuse. L'histoire moderne nous montre quelque chose d'analogue dans l'opposition des parlements en France, et dans les froissements qui existent entre l'aristocratie anglaise et la compagnie des Indes.

[41] Polybe, VI, 17. — Tite-Live, XLIII, 16. Cf. XXXIX, 44. — Appien, *de bell. civ.*, II, 13. — Dion Cassius, XXXVIII, 7. La conciliation était, au reste, d'autant plus facile et plus naturelle que le sénat, à tout prendre, se recrutait forcément parmi les chevaliers, des rangs desquels sortaient la plupart des magistrats. Aussi les sénateurs, quand ils voulaient exercer leurs droits de suffrage, votaient-ils avec les centuries des chevaliers, et chez Tite-Live, XLII, 61, l'ordre équestre est appelé la pépinière du sénat, *seminarium senatus*, qualification qui est encore employée par l'empereur Severus Alexandre. Lampride, *Severus*, 19 *in fine*.

[42] Le terme *optimates* est en général synonyme de *nobiles* (*voy.* la note suivante); mais de préférence il est employé pour désigner le parti politique qui a pour programme de conserver tous les abus et de s'opposer à toutes les réformes favorables à la masse, en opposition aux *populares*, terme par lequel on désigne les membres de la noblesse qui prennent la défense du peuple, soit sincèrement, soit dans des vues ambitieuses. Tite-Live, VI, 11. 20, dit de Titus-Manlius Capitolinus : qu'il a été *primus omnium ex Patribus popularis factus; popularis vir, quod primus a Patribus ad plebem defecisset*. Cf. Cic., *pro Sextio*, 45. « Duo genera semper in hac civitate fuerunt eorum, qui versari in re publica atque in ea se excellentius gerere studuerunt : quibus ex generibus alteri se populares, alteri optimates et haberi et esse voluerunt, etc., etc. » 66. « Optimatum principes, auctores et *conservatores* civitatis. » — Velleius Paterc., II, 3, en parlant de l'assassinat de Tib. Gracchus : « Tum *optimates*, senatus atque equestris ordinis *pars melior* et maior, et intacta perniciosis consiliis plebs, irruere in Gracchum. » — Tacite, *Ann.*, IV, 37.

[43] Aussi appelle-t-on *princeps nobilitatis* ou *auctor generis* le membre d'une famille qui lui ouvre l'accès de la noblesse, en obtenant le premier, *homo novus*, une magistrature curule. Cic., *Brutus*, 14; *in Rullum*, II, 36; *in Verrem*, II, 5, 70 (cf. Salluste, *Jugurtha*, 59); *ad famil.*, XI, 21. — Tite-Live, XXII, 34. — Plutarque, *Caton l'Ancien*, 1. — Appien, *de bellis civilibus*, I, 2.

[44] Déjà en 536 un tribun se plaint chez Tite-Live, XXII, 34. « Id fœdus inter omnes nobiles ictum : nec finem ante belli habituros, quam consulem *vere plebeium*, id est, *hominem novum* fecissent. Nam *plebeios nobiles* iam iisdem initiatos esse sacris et contemnere plebem, ex quo contemni desierint a Patribus, cœpisse. » Cf. le même, XXXIX, 41. — Cic., *in Rullum*, II, 1. 2. — Salluste, *Jugurtha*, 63. 73. *Catilina*, 23. »

toutes les turpitudes [45]; la corruption est le moyen le plus ordinaire de faire taire les défenseurs des pauvres [46]; et quand tous ces moyens ne réussissent point, on a recours à l'assassinat [47]. Par contre, la masse des opprimés est loin de présenter le beau spectacle de l'ancienne plèbe qui, bien que faible et parfois trompée, avait combattu avec tant de résignation et de persévérance. C'est que la plèbe était une nation entière, une armée serrée, restant toujours la même et sachant bien ce qu'elle voulait; tandis que les pauvres des derniers temps de la république formaient une masse sans organisation, ne se connaissant point et ne comprenant pas la source de ses maux. C'est en vain que de temps en temps des hommes généreux se lèvent pour la sauver; ils ne sont pas compris. Élevés aux nues tant qu'ils apportent un allégement momentané à la misère la plus poignante, ils se voient abandonnés dès qu'ils poursuivent leurs idées de progrès au delà des besoins actuels; et le sénat, constant dans sa politique froide et implacable, saisit ces moments de lassitude pour immoler ces défenseurs du peuple, que le peuple ne soutient plus.

L'égoïsme qui domine la masse favorise encore les défections; et tel qui, pauvre aujourd'hui, combattait pour le peuple, en désertait la cause le lendemain quand il avait trouvé moyen de sortir des rangs des opprimés et d'opprimer lui-même à son tour.

41. En contemplant cet affligeant spectacle, on est nécessairement amené à se demander quelles étaient les causes de cette démoralisation générale. Il est probable que bien des faits importants échappent à nos investigations; cependant, on peut le dire avec certitude, parmi ces causes il faut ranger en première ligne le défaut d'organisation sociale, dont le symptôme le plus frappant est la grande inégalité des fortunes, qui augmenta rapidement de jour en jour [48]. Déjà avant la conquête de l'Italie, le domaine public avait fourni aux gouvernants les moyens d'accumuler des trésors aux dépens de la masse du peuple; mais la progression devint bien plus effrayante, lorsqu'ils purent étendre aux provinces l'admirable système d'exactions et de concussions qui était la suite inévitable des conquêtes de la république [49]. Ainsi la guerre, qui accroissait sans cesse la misère du peuple, contribua à élever à la fois le pouvoir et les richesses

[45] Polybe, VI, 56 et ci-dessus, p. 44, note 3.

[46] Les vastes pouvoirs administratifs dont disposait le sénat lui donnaient des moyens nombreux et variés de corruption. Polybe, VI, 17. — Tite-Live, XXIV, 18. XXV, 3. 4. XXXIX, 44. XLIII, 16 et *passim*.

[47] C'était de tradition. Cf. ci-dessus, page 73, notes 4-6 et pages 82 sq. Parmi les assassinats d'une époque plus récente, nous nous bornons à mentionner ceux des deux Gracques et de Livius Drusus. Cf. ci-après, n°s 73.84.

[48] *Voy.* ci-après, note 53.

[49] On trouve des détails intéressants sur l'oppression qui pesait sur l'Italie dans Michelet, *Histoire romaine*, t. III, chap. 1, notes 4. 5. 6. — *Voy.* aussi, ci-après, n°s 73. 83. 112.

des grands[50]; et quiconque voulait remédier à cet état de choses semblait porter atteinte à la sécurité du gouvernement et de l'État même.

Au premier abord, on pourrait penser que, sous ce rapport, Rome ne se trouvait pas dans une position plus désespérée que la plupart des sociétés modernes dans lesquelles les mêmes abus et les mêmes vices se retrouvent avec plus ou moins d'intensité. Mais il y a cette immense différence qu'à Rome le pauvre n'avait aucun moyen de sortir de sa position : il ne comprenait pas son importance comme travailleur. Les Romains ne connaissaient d'industrie digne de l'homme libre que l'agriculture [51]; et cette ressource modeste n'était pas suffisante pour contre-balancer les moyens puissants dont les riches disposaient. Encore, dans l'agriculture, était-il facile à ces derniers d'écraser la concurrence des pauvres au moyen du travail des esclaves [52]. Cela était bien compris par les hommes qui s'occupaient du sort de leurs concitoyens. Déjà Licinius avait voulu que les possesseurs des terres du domaine public employassent un certain nombre d'hommes libres pour la culture; et l'on attribue à C. Gracchus l'idée que personne ne devait avoir plus de terres qu'il ne pourrait en cultiver lui-même [53].

[50] Abstraction faite des avantages directs que les optimates tiraient du produit des conquêtes, ils profitaient encore de la ruine de ceux qui, appauvris par la guerre, étaient obligés de laisser vendre leurs terres; souvent même ils s'emparaient illégalement du champ du pauvre pendant qu'il combattait loin de sa patrie. Pour désigner ce genre d'opération que les spéculateurs modernes comprendraient peut-être sous les termes *s'arrondir* ou *annexer*, les Romains avaient trouvé une locution plus anodine encore : *continuare agros*. Cic., *in Rullum*, II, 21. 22. III, 4. — Salluste, *Jugurtha*, 41. — Tite-Live, XXXIV, 4. « ingens cupido agros continuandi. » — Appien, *de bell. civ.*, I, 7-9. — Florus, III, 13. — Sénèque, *de benef.*, VII, 10; *epist.* 90. — Plutarque, *Tib. Gracchus*, 8. 9. — Ps. Quintilien, *declam.* 13.

[51] Caton, *de re rustica*, II, pr. — Varron, *de r. r.*, II, pr. III, 1. — Cic., *de off.*, I, 42. II, 25; *pro Roscio Amer.*, 17. 18. — Tite-Live, VIII, 20. XXI, 63. XXII, 25. — Denys d'Hal., II, 28. IX, 25. — Aurelius Victor, *de viris ill.*, 72. — Qu'on n'objecte pas les grandes opérations commerciales et financières des publicains : dans ces affaires, les chevaliers n'avaient que la haute direction; le trafic vulgaire se faisait par le moyen des esclaves, des affranchis et d'hommes des dernières classes du peuple.

[52] C'est par le moyen des esclaves que les optimates pouvaient cultiver leurs terres, même les arrondir pendant la guerre (*voy.* la note 50); c'est encore par les esclaves qu'ils pouvaient réaliser les grandes usurpations du domaine public (*voy.* la note suivante, et ci-après, n°s 82 sq.) et faire d'immenses opérations financières et commerciales à Rome et dans les provinces (*voy.* la note précédente). Le nombre d'esclaves appartenant à un seul maître, déjà excessif sous la république, s'accrut encore sous l'empire. Pline, *H. N.*, XXXIII, 10 (35. 47) parle d'un maître ayant 4,116 esclaves et Athénée, VI, 7 (104), va jusqu'à dix et vingt mille esclaves.

[53] Siculus Flaccus, p. 136, 11. (2, Goës.) « Intelligebat enim (C. Gracchus) contrarium esse morem, maiorem modum possidere quam qui ab ipso possidente coli possit. » D'après Appien, *de bell. civ.*, I, 8, la loi de Licinius Stolo de 388 exigea que dans toute exploitation agricole il y eût un certain nombre d'hommes libres, et Suétone, *César*, 42, nous parle d'un édit de Jules César, d'après lequel « hi qui pecuariam facerent, non minus tertia parte puberum ingenuorum inter pastores haberent ». Mais les efforts de ces réformateurs eurent si peu de succès, que du temps de Cicéron le tribun L. Philippus put dire : « Non esse in civitate duo millia qui rem haberent. » Cic., *de off.*, II, 21. Aussi Pline l'Ancien attribue-t-il en grande partie la décadence de Rome à

Ainsi l'institution de l'esclavage était une cause de corruption, non-seulement parce qu'elle contient une violation de la dignité humaine, mais encore parce qu'elle permettait aux riches de centupler leurs moyens de domination, et d'aggraver de plus en plus le joug qu'ils faisaient peser sur les travailleurs libres. L'esclavage étendait sa pernicieuse influence même par delà sa durée. Tout affranchi devenait de plein droit citoyen romain. Or, il est facile de comprendre à quel titre les esclaves d'un maître corrompu pouvaient mériter la faveur de l'affranchissement. Le servilisme, l'avidité, l'hypocrisie, la corruption, tous les vices, en un mot, avaient envahi cette société avilie; et cet état de dégradation devint de jour en jour plus désespérant à mesure que les affranchissements accrurent le nombre des citoyens. Ce mode de naturalisation était devenu si fréquent vers la fin de la république, que l'on crut devoir prendre des mesures législatives pour en prévenir l'abus [54].

42. Pourtant il y avait un élément qui aurait pu rendre à la république la force nécessaire pour se relever. Il eût suffi d'accorder aux habitants des villes d'Italie le droit de cité, et de les faire participer au pouvoir législatif par une représentation rationnelle [55]. Mais le sénat, prévoyant les suites inévitables d'une pareille réforme, chercha par tous les moyens possibles à la prévenir. Le patriotisme étroit et l'orgueil national de la plèbe lui vinrent en aide : jamais celle-ci ne comprit de quelle utilité lui seraient les auxiliaires que cette mesure lui aurait donnés. Ce fut en vain que quelques hommes d'un génie supérieur cherchèrent à entraîner la masse inerte; elle les abandonna au moment décisif, et ce fut à de pa-

l'accumulation de la propriété territoriale entre les mains d'un petit nombre de riches. PLINE, *H. N.*, XVIII, 7, 3. « Verumque confitentibus latifundia perdidere Italiam, iam vero et provincias. Sex domini semissem Africæ possidebant, cum interfecit eos Nero princeps. » Cf. SALLUSTE, *Jugurtha*, 41.

[54] *Voy.* ci-après, n° 156. — Sur le débordement des affranchis, lisez MICHELET, *Hist. rom.*, t. III, chap. 1. Avant la censure d'Appius Claudius (442), les affranchis, confondus avec les *ærarii*, avaient bien le droit de cité, mais ils étaient de fait privés des droits politiques. Appius, en distribuant dans les tribus tous les citoyens sans distinction, prépara une ochlocratie qui dut favoriser l'avénement du despotisme monarchique. (TITE-LIVE, IX, 46. Humilibus per omnes tribus divisis, forum et campum corrupit. » — DIODORE, XX, 36. — AULU-GELLE, VI, 9.) Le censeur Q. Fabius crut remédier à cet état de choses en reléguant toute cette *turba forensis* dans quatre tribus, comme nous le dit TITE-LIVE, IX, 46. « Fabius, simul concordiæ causa, simul ne humillimorum in manu comitia essent, omnem forensem turbam excretam in quattuor tribus conjecit, urbanasque eas appellavit : adeoque eam rem acceptam gratis animis ferunt, ut Maximi cognomen, quod tot victoriis non pepererat, hac ordinum temperatione pareret. » Mais on comprend que cette mesure, qui eut pour effet de faire considérer les tribus urbaines comme moins honorables (VARRON, *de re rust.* prooem. — PLINE, *H. N.*, XVIII, 3, 5), n'exerça qu'une influence éphémère et était impuissante pour remédier aux vices de l'organisation sociale. Cf. TITE-LIVE, *epit.* XX. XLV, 15. — VALÈRE-MAXIME, II, 2, 9. — AURELIUS VICTOR, *de viris illustribus*, 57 (passage qu'il faut corriger, en recourant au récit de TITE-LIVE, XLIII, 16).

[55] SALLUSTE, *de republica ordinanda*, II, 5.

reilles défections que les Gracques durent leur perte [56]. Même après que les alliés eurent forcé la fière Rome à les admettre dans son sein, la représentation des villes fut illusoire. Tout se concentrait dans la capitale : les richesses et le pouvoir, les talents et les vices, la misère et l'abjection. Rome absorbait l'Italie. C'est ainsi que des motifs d'ambition personnelle, des rivalités d'individus purent provoquer des guerres civiles assez funestes pour amener la chute de la république.

Mais avant de passer à ces événements, il importe d'entrer dans quelques détails sur l'organisation intérieure de l'État.

DES COMICES [1].

Des comices par centuries.

43. Dès leur origine, les centuries avaient formé l'armée nationale [2] : la loi des Douze Tables, en y faisant entrer tous les citoyens, y compris les patriciens et leurs clients, fit également des comices centuriates la véritable assemblée nationale, *comitiatus maximus* [3]. C'est dans cette assemblée, régulièrement présidée par un consul [4], que réside dès lors la souveraineté nationale qui se manifeste par les décisions sur la guerre, par le vote sur les propositions de loi, et par l'élection des magistrats

[56] Velleius Paterculus, II, 2. 6. 14. — Appien, *de bellis civilibus*, I, 21. 23. 24. 35-39. — Plutarque, *C. Gracchus*, 5. 8. 9. — Valère-Maxime, IX, 5. 1.

[1] Comitia, de *cum* et *ire* (aller ensemble, se réunir), est le terme technique pour désigner les assemblées dans lesquelles s'exercent les actes de souveraineté nationale, *rogare quid populum, quod suffragiis suis aut iubeat aut vetet*. Contio, forme contractée de *conventio,* est une réunion convoquée par un magistrat pour faire des communications quelconques, espèce de meeting officiel à l'effet de conférer sur des décisions à prendre dans une assemblée future. Le mot concilium est en général synonyme de *comitia,* mais il s'emploie de préférence quand il s'agit d'une partie de la nation, des curies ou des tribus. Cependant cette terminologie est loin d'être absolue. Sc. de Bacchanalibus, lin. 23. « ..... in conventionid exdeicatis... » — Varron, *de l. l.*, VI, 43. 86-88(V, 6 *in f.* 9, Gothofr. — p. 63. 74 sq. Bipont.) — Cic., *pro Sestio*, 50. — Tite-Live, II, 28. 60. III, 16. 64. 71. VII, 5. X, 24. XXII, 25. XXXVIII, 17. 18. XXXIX, 15. XLIII, 16. — Aulu-Gelle, XIII, 15. XV, 27. — Festus, vv. *Concilium. Contio* (*concio*).

[2] C'est pourquoi l'assemblée des centuries est souvent appelée *exercitus urbanus*. Varron, *de l. l.*, VI, 93 (V, 9, col. 44 sq. Gothofr. — p. 76, Bipont.) — Tite-Live, XXXIX, 15. Cf. Denys d'Hal., IV, 85. — Aussi, le consul Cn. Manlius fit-il, en 398, voter *tributim* (ci-après, note 11) par l'armée en campagne une loi établissant un impôt de cinq pour cent sur les affranchissements, *vicesima manumissionum*. Le sénat, *quia ea lege haud parvum vectigal inopi ærario additum esset*, ratifia ce procédé irrégulier; mais les tribuns le défendirent à l'avenir sous peine capitale : « nihil enim non per milites, *iuratos in consulis verba*, quamvis perniciosum populo, si id liceret, ferri posse. » Tite-Live, VII, 16.

[3] Comitiatus maximus. Cic., *de legibus*, III, 4. 19. — Comitiatus. Varron, *de l. l.*, V, 91 (IV, 16 *in fine*. Gothofr. — p. 26 sq. Bipont.) « ... ad comitiatum.... » — Cic., *de republica*, II, 32; *de legibus*, II, 12; *post reditum*, 11. « .... comitiis centuriatis, quæ maxime maiores comitia iusta dici haberique voluerunt.... » — Aulu-Gelle, XIII, 15 *in fine*.

[4] Toujours par un *magistratus maior populi romani : consul* ou *tribunus consulari potestate, dictator, interrex, prætor urbanus*. Aulu-Gelle, XIII, 15 et *passim*.

du peuple [5]. Par une inconséquence qui ne s'explique que par l'influence de l'élément religieux, on continuait de faire sanctionner les décrets de cette assemblée par les comices des curies [6]. On comprend que cette ratification, qui était un véritable anachronisme, n'eut guère, en temps ordinaire, de signification sérieuse. Cependant Q. Publilius Philo, le premier dictateur plébéien, crut utile de lui ôter toute apparence de valeur à l'égard des propositions de loi, en faisant décider (415) que les curies seraient tenues de donner d'avance leur sanction aux délibérations des centuries [7]. Les élections furent également affranchies des restrictions auxquelles elles avaient été soumises dans le principe. Depuis la loi des Douze Tables, les candidats n'eurent plus besoin d'être présentés par le sénat, et la loi *Mœnia* dispensa, en 467, l'élection même de la sanction des curies; les attributions de ces dernières se bornèrent dès lors à la simple formalité de conférer le pouvoir [8].

La loi des Douze Tables fit également de ces comices par centuries le suprême tribunal criminel : ce n'est que par un jugement du *comitiatus maximus*, que le citoyen romain peut être frappé d'une peine capitale, c'est-à-dire privé de la vie, de la liberté ou du droit de cité [9]. Cette salutaire disposition de la loi des Douze Tables (*salutaris lex,* dit Cicéron), ayant été trop audacieusement violée par l'assassinat de Ti. Gracchus et par les persécutions qui suivirent ce forfait, la loi *Sempronia* de C. Gracchus (631) la sanctionna de nouveau [9].

44. A une époque que nous ne pouvons préciser, l'organisation des centuries fut entièrement changée [10]. On conserva la division en cinq classes; mais le mode de voter dans chaque classe subit une modification très-importante. Les anciennes centuries furent remplacées par les tribus locales, de sorte que chaque classe contenait un nombre égal de centu-

[5] Dans l'origine, de tous les magistrats. Dans la suite, les centuries n'élisent plus que les magistrats majeurs, les consuls, les préteurs, les censeurs. Les autres magistrats électifs sont choisis par les tribus. AULU-GELLE, XIII, 15, et ci-après, n° 46.

[6] CIC., *de republica*, II, 32; *in Rullum*, II, 11. « ... Maiores de omnibus magistratibus bis vos sententiam ferre voluerunt... curiata tantum auspiciorum causa remanserunt... Cum maiores *binis* comitiis voluerint vos... iudicare. »

[7] TITE-LIVE, VIII, 12. « Dictatura popularis... fuit (Publilius), et quod tres leges secundissimas plebei, adversas nobilitati tulit : unam, ut plebiscita omnes Quirites tenerent; alteram, ut legum, quæ comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium Patres auctores fierent... » — C'est également à cette loi *Publilia* que se rapporte sans doute TITE-LIVE, I, 17 « hodieque... *priusquam* populus suffragium ineat *in incertum comitiorum eventum* Patres auctores fiunt. »

[8] CIC., *Brutus*, 14; *pro Plancio*, 3. — APPIEN, *de bellis civil.*, I, 1. — AURELIUS VICTOR, *de viris illustribus*, 33. 34. — *Voy.* aussi ci-après, n° 48.

[9] *Voy.* ci-après, n° 91. Déjà, avant la loi *Sempronia*, trois *leges Porciæ*, du milieu du sixième siècle, avaient, sous des peines sévères, défendu d'infliger des peines corporelles au citoyen romain (ci-après, n° 53); mais la réaction sanglante qui suivit la défaite des Gracques ne tint compte d'aucune loi, d'aucune garantie.

[10] Les anciens ne nous donnent aucun renseignement précis sur cette importante modification

ries [11]. Ainsi, vers la fin de la république, lorsque le nombre des tribus avait été porté à trente-cinq, chaque classe se composait de trente-cinq centuries *juniores* et de trente-cinq centuries *seniores*, ce qui donne un nombre total de trois cent cinquante centuries, auxquelles il faut encore ajouter les centuries des chevaliers [12]. Ce changement eut évidemment pour but de diminuer l'influence de la richesse; car désormais la première classe ne formait plus, comme autrefois, avec les chevaliers la majorité de l'assemblée [13]. Mais elle conserva un privilége qui paraît avoir eu une grande importance à Rome, celui de donner le premier vote, *prærogativa* [14]. Avant d'aller aux voix, on tirait au sort parmi les centuries de la première classe [15] celle qui devait voter la première, et le vote émis par elle était rendu public [16]. Caius Gracchus abolit ce privilége en ordonnant que l'on tirerait au sort parmi toutes les centuries indistinctement; mais sa loi ne paraît pas avoir été exécutée [17]. Au reste, abstraction faite de cet avantage, l'aristocratie conserva toujours des moyens de dominer les assemblées des centuries [18], tant par les auspices et l'initiative du sénat que par le pouvoir arbitraire du magistrat sénatorial qui les présidait [19].

Des comices par tribus.

45. Les assemblées des tribus qui, dans le principe, n'avaient été qu'une arme de guerre entre les mains des tribuns [1], constituent, depuis

de la constitution romaine, mais le fait est incontestable et résulte d'un grand nombre de passages dans lesquels des votes des derniers temps de la république sont rapportés, et particulièrement de Cic., *pro Flacco*, 7; *in Verrem*, II, 5. 15. — Tite-Live, I, 43. — Denys d'Hal., IV, 21. *Voy.* aussi la note suivante.

[11] De là vient que souvent les auteurs parlent de tribus quand il s'agit évidemment de comices par centuries. Polybe, VI, 14 (12). — Cic., *pro Plancio*, 20; *in Rullum*, II, 2. — Tite-Live, V, 18. VI, 21. VII, 16 (ci-dessus, note 2). X, 24 (?) — Suétone, *César*, 41. 80; *Octavien*, 56.

[12] Il paraît que le nombre de ces centuries resta fixé à dix-huit. Tite-Live, XLII, 16. — Cic., *de republica*, II, 20.

[13] *Voy.* ci-dessus, nº 24 *in fine*.

[14] Cic., *pro Plancio*, 20; *de divinatione*, I, 45. II, 40. — Festus, v. *Prærogativæ*.

[15] Cic., *Philipp.*, II, 33. « ... Sortitio prærogativæ.... » — Tite-Live, XXIV, 7. « ... cum sors prærogativæ (tribui) Aniensi iuniorum exisset... » — Le même, XXVI, 22. XXVII, 6. — Dans l'organisation originaire de Servius Tullius, les premiers votes étaient émis par les centuries des chevaliers, qui, par ce motif, étaient appelées *prærogativæ*. Tite-Live, I, 43. V, 18. X, 22.

[16] Voici la suite des opérations d'après Cic., *Philipp.*, II, 33. « .... Sortitio prærogativæ; renunciatur. Prima classis vocatur; renunciatur. Deinde, ut assolet, suffragia. Tum secunda classis, *rel.* »

[17] Salluste, *de republica ordinanda*, II, 8. Cf. Cic., *pro Murena*, 23.

[18] C'est ce qui leur vaut l'éloge que nous trouvons chez Cicéron, *de legibus*, III, 19.

[19] Polybe, VI, 16 et *passim*. Le magistrat présidant allait même parfois, au moins dans les élections, jusqu'à refuser les votes qu'il n'approuvait point. Cic., *Brutus*, 14. — Tite-Live, III, 21. 64. VII, 22. VIII, 23. Cf. le même, X, 15. XXIV, 8. XXVII, 6. XXXIX, 39. — Vell. Paterc., II, 92. — Valère-Maxime, III, 8. 3.

[1] *Voy.* ci-dessus, nº 28.

le commencement de la deuxième époque, un rouage régulier de la constitution romaine. Ce fut la loi *Valeria* qui consacra, en 305, ce nouvel élément législatif, en accordant force de loi aux décrets votés par la plèbe, pourvu sans doute que le vote eût reçu la sanction de la fraction du peuple qui n'y avait pas concouru, c'est-à-dire des curies [2]. Le dictateur Publilius, en réduisant à une vaine formalité la sanction que les curies devaient donner aux lois des centuries, en fit autant pour les plébiscites (415), et dès lors il semble que les décrets des tribus aient complétement le caractère de lois générales pour la nation entière [3]. Tel est, en effet, l'état des choses vers la fin de la république; mais ce résultat est, par tous les auteurs anciens, attribué à une loi du dictateur Hortensius, postérieure d'un demi-siècle à celle de Publilius, 468 de Rome [4].

Il est difficile d'expliquer et de concilier ces données différentes [5]. Peut-être la loi *Hortensia* eut-elle pour but, non pas d'augmenter la force obligatoire et l'autorité des plébiscites, mais d'en étendre la compétence en ce sens que dorénavant ces décrets pussent embrasser toutes les matières, même celles qui concernaient les citoyens non plébéiens, tandis qu'auparavant les décrets des assemblées plébéiennes n'auraient pu avoir

[2] *Voy.* ci-dessus, n° 35.

[3] Tite-Live, VIII, 12. « Tres leges secundissimas plebei, adversas nobilitati, tulit : unam, ut plebiscita omnes Quirites tenerent; alteram, ut legum quæ comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium Patres auctores fierent... » — Salluste, *fragm. hist.* (*oratio Macri Licinii*), p. 267, edit. Bipont. « Ne vos ad virilia illa vocem, quo tribunos plebei modo, modo patricium magistratum, libera ab auctoribus patriciis suffragia maiores vestri paravere » L'on entend communément ce passage de la loi *Mænia* qui dispensa les élections de la sanction des curies (page, 94 note 8); mais, comme la harangue de Licinius est adressée aux plébéiens, il est certes permis de le rapporter aussi bien aux *plébiscites* qu'aux élections faites dans les comices par *centuries*.

[4] Pline, *H. N.*, XVI, 10. — Aulu-Gelle, XV, 27. Cf. XIII, 15. — Pomponius, Fr. 2, § 8, D., *de origine juris* 1. 2. — Gaius, I, 3. — Théophile, *in Inst.*, I, 2, 5.

[5] Le dispositif des trois lois nous est donné par les anciens dans des termes presque identiques. *Lex Valeria :* ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret (Tite-Live, III, 55). *Lex Publilia :* ut plebiscita omnes Quirites tenerent (Tite-Live, VIII, 12). *Lex Hortensia :* ut plebiscita universum populum tenerent (Gaius, I, 3). On pourrait dès lors être tenté de croire que les lois Publilia et Hortensia n'auraient été que la reproduction de la loi Valeria, tombée en désuétude. Cela est pourtant inadmissible, par la raison que, depuis Valerius, la plèbe est toujours en progrès et que par conséquent une désuétude défavorable à la plèbe n'aurait pu avoir lieu. Niebuhr, t. II, p. 414 et t. III, p. 491, cherche à expliquer le fait en attribuant à la loi *Valeria* la création du principe d'après lequel les plébiscites pouvaient obtenir force de loi par suite d'une sanction ultérieure des curies et du sénat. La loi *Publilia* les aurait affranchis de la sanction des curies, et la loi *Hortensia*, de celle du sénat. Nous n'avons pu adopter cette hypothèse en ce qui concerne la dernière de ces lois, par la raison que, d'une part, rien ne prouve qu'avant 468 les décrets de la plèbe aient eu besoin de l'initiative ou d'une sanction expresse du sénat (les passages d'Appien, *de bellis civ.*, I, 59. IV, 92, ne sont pas assez explicites), et que, d'autre part, même après cette époque, nous trouvons qu'une certaine entente entre le sénat et les tribuns précède ou accompagne habituellement le vote des plébiscites. Tite-Live, III, 63. IV, 1. 6. 25. 49. VI, 39. 42. VII, 15. VIII, 23. 37. IX, 20. 30. 46. X, 6. 9. 21. 22. 37. — Denys d'Hal., XI, 50. — Zonaras, VII, 9.

pour objet que des questions concernant la plèbe seulement [6]. Il est vrai que déjà en 427, quarante ans avant la loi *Hortensia*, l'assemblée des tribus avait été appelée à délibérer sur une question d'intérêt général, la prorogation du pouvoir consulaire de Q. Publilius Philo [7], et que ce fait n'est pas resté isolé [8]. Mais il est à remarquer que dans le cas de Publilius et dans plusieurs autres, les tribuns avaient agi à la requête du sénat. Dès lors il a toujours pu paraître douteux si desrésolutions, auxquelles n'avaient concouru que des éléments exclusivement plébéiens, devaient être considérées comme obligatoires pour la nation entière. C'est peut-être ce doute que la loi *Hortensia* avait pour but de lever. Quoi qu'il en soit, depuis la fin du cinquième siècle de Rome, les plébiscites sont, sous tous les rapports, assimilés aux lois votées par la nation entière dans les centuries et l'emportent même sur elles par le nombre et par l'importance [9].

46. A partir de ce moment, les assemblées des tribus participent donc, au même titre que le *comitiatus maximus*, à l'exercice du pouvoir législatif, le mot pris dans le sens le plus étendu, qui comprend, en dehors de la législation proprement dite, le règlement des relations étrangères et des affaires administratives [10]. Ces assemblées étaient naturellement

[6] Aulu-Gelle, XV, 27. « In eodem Lælii Felicis libro (ad Q. Mucium) hæc scripta sunt : ... Ita ne leges quidem proprie, sed plebiscita appellantur, quæ tribunis plebis ferentibus accepta sunt. Quibus rogationibus ante patricii non tenebantur, donec Q. Hortensius dictator eam legem tulit ut eo iure quod plebes statuisset, omnes Quirites tenerentur. » — Pline, *Hist. nat.*, XVI, 15 (10). — Pomponius, Fr. 2, § 8, D., *de origine iuris* 1. 2. — Gaius, I, 3. « ... Plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent : itaque eo modo legibus exæquata sunt. » — § 4, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1. 2.

[7] Tite-Live, VIII, 23. Cf. ci-après, page 110, note 7.

[8] Tite-Live, VIII, 37. IX, 30. 46. X, 22. 24 (?). *epit.* XI. Cf. Festus, v. *Sacramentum.*

[9] Pomponius, Fr. 2, § 8, D., *de origine juris* 1. 2. « .... Et ita factum est, ut inter plebiscita et leges species constituendi interesset potestas autem eadem esset. » — § 4, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2. Cf. ci-après, nº 117.

[10] Les limites de notre livre ne nous permettent pas de mentionner les très-nombreux plébiscites de tout genre, rendus avec l'assentiment du sénat, souvent même à sa requête. Nous nous bornons à rappeler le *plebiscitum de Termessibus*, uniquement par la raison que le texte nous en a été conservé par une inscription sur bronze. *Voy.* ci-dessus, page 7, nº 5. Il est plus intéressant de citer des plébiscites votés contrairement aux vœux du sénat. L'on nous rapporte que le premier exemple de ce genre fut la loi agraire de C. Flaminius, dont nous aurons à parler ci-après, nº 73. D'autres cas intéressants se trouvent chez Tite-Live, XXI, 63. XXII, 25. XXVI, 30. XXXIV, 1-8. XXXVIII, 36. *epit.* LIX (la loi agraire de Ti. Gracchus). — Salluste, *Jugurtha*, 73 *in f.* — Plutarque, *Marius*, 4. — Dion Cassius, XXXVI, 7. Ajoutons que, en 654, le tribun L. Appuleius Saturninus inséra dans sa rogation agraire une clause qui obligea les membres du sénat à faire dans les cinq jours du vote, entre les mains des questeurs, le serment d'exécuter la loi, et ce sous peine d'exclusion du sénat et de vingt talents d'argent (Appien, *de bell. civ.*, 1, 29.— Tite-Live, *epit.* LXIX et *passim*); procédé que Jules César imita en 695 lors du vote de sa loi *Campana.* Appien, *l. l.*, II, 12. — Plutarque, *Cato minor*, 32.

présidées par les tribuns de la plèbe; mais, après les mesures révolutionnaires de Sylla [11], qui brisèrent, au moins pour un certain temps, la puissance tribunitienne, nous trouvons des plébiscites votés sous la présidence d'un préteur, d'un consul, voire même du dictateur Jules César [12].

Déjà avant la loi *Hortensia*, les tribus avaient pris part aux élections et à l'administration de la justice criminelle; mais, dans ces matières, l'action des comices tributes était limitée.—Les centuries avaient d'abord eu exclusivement la mission de pourvoir à toutes les magistratures, peu nombreuses dans l'origine. Mais vingt ans après la première sécession, la plèbe conquit le droit d'élire ses tribuns et ses édiles [13], et plus tard nous voyons les tribus nommer la plupart des magistrats électifs, ordinaires et extraordinaires [14], ainsi que les titulaires des hautes dignités sacerdotales [15]. Les élections des tribuns et des édiles plébéiens étaient présidées par un tribun [16]; les autres, par un magistrat majeur, régulièrement le consul ou le préteur [17]; enfin, les élections sacerdotales paraissent

[11] Cf. ci-après, n° 64. On cite, à la vérité, des exemples antérieurs; mais les faits ne sont pas certains. Il est d'abord plus que probable que la loi *Manlia* de 398, dont parle Tite-Live, VII, 16, a été votée par les centuries (ci-dessus, p. 93, note 2 et p. 95, note 21). Les passages de Tite-Live, VIII, 17. XXVII. 23 peuvent s'entendre parfaitement bien de lois centuriates. Cf. le même, XXVII, 5. « .... Decrevit senatus, *ut consul* prius.... *populum* rogaret; si consul noluisset, *prœtor populum* rogaret; si ne is quidem vellet, tribuni ad plebem ferrent.... »

[12] Le premier exemple certain est la loi *Aurelia judiciaria*, votée en 683, sur la proposition du préteur L. Aurelius Cotta (Tite-Live, *epit.* XCVII. – Asconius *in Pison.*, c. 39, p. 16, Orelli. – Ps. Asconius *in Verr.*, I, 1, p. 127, Orelli). D'autres exemples chez Cic., *ad Att.*, I, 14. 5. XIII, 3. – Suétone, *César*, 20. 76. – Dion Cassius, XXXVII, 51. XXXVIII, 6. 8. XLII, 22 et *passim*.

[13] *Voy.* ci-dessus, page 74, note 8.

[14] Tous, à l'exception des magistrats majeurs : consuls, *tribuni militum consulari potestate*, préteurs, censeurs. Aulu-Gelle, XIII, 15. – Cic., *in Rullum*, II, 7; *ad Atticum*, IX, 9. – Tite-Live, VIII, 16. 28. 23. 30. IX, 46. XXIII, 5. 30. XXV, 7. XXXIV, 53. XXXVII, 46 et *passim*. Ajoutons que les tribus obtinrent également le droit d'élire les tribuns militaires qui, dans le principe, avaient été choisis par les consuls : d'abord six d'entre eux, ensuite seize, enfin tous les tribuns des légions consulaires. Polybe, VI, 1. 9. – Tite-Live, VII, 5 *in f.* IX, 30. XXVII, 36 *in f.* XLII, 31. – Salluste, *Jugurtha*, 63. – Ps. Ascon. *in Verr.*, I, 10. p. 142, Orelli. – Festus, v. *Rufuli*.

[15] Y compris le *curio maximus*. Tite-Live, XXV, 5. XXVII, 8. XXXIX, 46. XL, 42. – Suétone, *César*, 13. – Signalons à ce propos la loi *Domitia* qui ordonne que les colléges des pontifes, des augures et des *XV viri sacris faciundis* doivent coopter les citoyens choisis par les comices, composés de la moitié des tribus moins une, c'est-à-dire de dix-sept tribus. Cic., *in Rullum*, II, 7 et Ascon. *ad h. l.* p. 81, Orelli. – Suétone, *Néron*, 2. – Velleius Paterculus, II, 12. La raison que Cicéron, *l. l.*, donne de cette disposition est aussi bizarre que la disposition même : « ... Quod per populum creari fas non erat, propter religionem sacrorum, in eo tamen, propter amplitudinem sacerdotii, voluerunt populo supplicari (maiores nostri)...... quod *populus*, per religionem sacerdotia mandare non poterat, ut *minor pars populi* vocaretur.... »

[16] Tite-Live, III, 35. 64. – Denys d'Hal., XI, 49. – Appien, *de bellis civ.*, I, 14. Cf. ci-après, note 21.

[17] Varron, *de re rustica*, III, 2. – Cic., *in Vatinium*, 5; *pro Plancio*, 20; *ad familiares*, VII, 30; *ad Atticum*, IV, 3. – Tite-Live, IV, 44. VI, 42. VIII, 16. IX. 28. X, 21. XXII, 33. XXIII, 30. XXV, 7, XXXII, 2. XXXIV, 53. – Velleius Pat., II, 92. – Dion Cassius, XXXIX, 32 et *passim*. D'après Aulu-Gelle, VI, 9, il paraitrait qu'un édile eût présidé les comices qui conférèrent à

avoir eu lieu sous la présidence du grand pontife [18]. — La loi des Douze Tables avait fait du *comitiatus maximus* le suprême tribunal criminel, seul compétent pour connaître des crimes publics assez graves pour entraîner des peines capitales, *de capite civis statuere* [19]. Comme le nombre de ces crimes était peu considérable, beaucoup de méfaits seraient restés impunis si les magistrats de la plèbe n'avaient pris sur eux de déférer ces faits à la vindicte des tribus. C'est ainsi que, sans aucune attribution expresse [20], les assemblées des tribus finirent par constituer, sous la présidence des tribuns et des édiles, la juridiction ordinaire des délits de moindre importance, n'entraînant que des peines pécuniaires, *multæ* [21]. —Les comices, présidés par un magistrat majeur ou par le grand pontife, étaient naturellement soumis aux auspices correspondant à sa dignité [22], tandis que dans l'origine les assemblées, présidées par les tribuns et les édiles plébéiens qui n'avaient point d'auspices, étaient libres de cette entrave [23]. Mais dans la suite les magistrats de la plèbe obtinrent également le privilége des auspices [24], faveur équivoque comme l'intervention individuelle des tribuns [25]. Car à partir de ce moment, nous voyons le sénat se faire fréquemment une arme des auspices pour contester la validité des élections et résolutions contraires à ces vœux [26].

Cn. Flavius la dignité d'édile curule (ci-après, nº 134). Pour écarter ce fait, incompatible avec tous les autres témoignages, M. Mommsen, *Römische Forschungen*, p. 159, propose un léger changement du texte d'Aulu-Gelle, en lisant « *renunciaverunt ædiles. Qui comitia habebat* » au lieu de : « *renuntiaverunt. Ædilis qui comitia habebat.* » De cette façon le passage dirait que les édiles, après avoir recueilli les votes, constatèrent l'élection de Flavius et non pas qu'un édile présida les comices.

[18] Tite-Live, XXV, 5. — Cic., *in Rullum*, II, 7. « ... pontificiis comitiis... » — Un autre passage de Cic., *ad Atticum*, 5 *in f.*, fait supposer la présidence d'un consul.

[19] *Voy.*, ci-dessus, page 94, note 9, et ci-après, nº 91.

[20] L'on dit souvent que cette juridiction criminelle des tribus est une usurpation de la plèbe. Nous discuterons ce reproche ci-après, nº 91.

[21] *Voy.* ci-après, nº 91.

[22] Varron, *de re rustica*, III, 2. 2. — Cic., *ad familiares*, VII, 30.

[23] Tite-Live, IV, 6. VI, 41. VII, 6. X, 8. — Denys d'Hal., IX, 41-49. X, 4.

[24] Zonaras, VII, 19, attribue cet octroi à la loi *Valeria Horatia* de 305; ce qui est peu probable. Il paraît cependant que le fait est antérieur à la loi *Hortensia*, puisque Tite-Live, X, 47, parle en 459 de *tribuni plebis vitio creati*.

[25] *Voy.* ci-dessus, page 83, note 17.

[26] *A*) Varron, *de re rustica*, III, 2. 2. — Tite-Live, X, 47. XXX, 39. — *B*) *Voy.* ci-après, nº 118 *in fine*. — L'influence de l'élément religieux sur les comices des tribus fut encore augmentée par des mesures législatives de la fin du sixième siècle (probablement de 597 où il y avait des tribuns portant les noms de A. Ælius et M. Fufius. Cf. Cic., *in Pisonem*, 4. « .... centum prope annos). que l'on cite sous les noms de *lex Ælia* et de *lex Fufia*, *lex Ælia et Fufia*, et même *lex Ælia Fufia*. Ces lois paraissent avoir eu pour objet, la première de donner à tout magistrat le pouvoir d'empêcher une assemblée du peuple, en faisant notifier (*obnuntiare*) au collègue qui devait présider que des signes célestes défavorables avaient été constatés; la seconde, de défendre que des comices eussent lieu un *dies fastus*. Cicéron fait le plus grand éloge de ces *sanctissimæ leges*, qui permettent d'empêcher des lois désagréables et sont des *certissima subsidia rei publicæ contra*

47. L'existence simultanée de deux assemblées législatives, composées d'éléments différents, et ayant chacune, avec une indépendance entière, la plénitude du pouvoir législatif, est certes un fait difficile à comprendre. Il est vrai que les Romains ont l'habitude de ne pas abolir d'un coup les institutions qu'il s'agit de réformer, mais de les faire absorber lentement et insensiblement par d'autres institutions créées à côté des anciennes; mais on ne pouvait rationnellement admettre que les tribus absorberaient les centuries, la partie le tout. Ce fait est évidemment le symptôme d'une désorganisation sociale, provenant sans doute de ce que la partie moyenne du peuple, qui pendant si longtemps avait donné le signal des luttes généreuses de la démocratie, avait cessé de remplir ses devoirs et de pousser, comme auparavant, aux progrès que le développement social du peuple exigeait. Aussi ne voyons-nous paraître, dans la lutte qui précéda la loi d'Hortensius, que la partie la plus pauvre de la plèbe, et il se pourrait que cette loi même n'eût été qu'une transaction entre l'oligarchie concentrée dans le sénat et l'ochlocratie exercée par les tribuns [27]. Le résultat inévitable de cet état de choses dut naturellement être la chute des libertés publiques, anéanties au profit de quelques ambitieux qui surent profiter des froissements entre les deux pouvoirs extrêmes pour les annihiler l'un par l'autre et s'élever eux-mêmes sur les ruines des factions [28].

Des comices par curies.

48. Par suite des changements exposés dans les deux paragraphes précédents, l'importance des curies se trouva, dès le milieu du cinquième siècle, entièrement anéantie à Rome. Après avoir déjà antérieurement perdu le pouvoir de sanctionner les décrets des centuries et des tribus, elles n'eurent plus, depuis la loi *Mænia* [1], d'autres fonctions que de conférer le pouvoir aux magistrats élus par les centuries, ce qui n'était qu'une vaine formalité [2]. Aussi le peuple ne se rend plus à ce simulacre de comices; les curies y sont représentées par trente licteurs assistés des augures et des pontifes [3].

tribunicios furores, et les mentionne fréquemment. Cependant, nous n'en savons que le peu que nous en avons dit ci-dessus, comme on peut s'en convaincre en lisant Cic., *pro Sestio*, 15. 53; *in Vatinium*, 2. 7. 9. 15, et *Schol. Bob.* in c. 9., p. 319, Orelli; *de provinciis consularibus*, 19; *in Pisonem*, 4. 5, et Ascon., in c. 4, p. 9, Orelli; *post reditum*, 5; *de haruspicum responsis*, 27; *ad Atticum*, I, 16, 3. II, 9, 1. IV, 16, 5.

[27] C'est du moins ainsi que la chose est representée par Théophile, *ad Instit.*, I, 2. 5.

[28] Cf. ci-après, n° 73.

[1] *Voy.* ci-dessus, page 85, note 25.

[2] Cic., *in Rullum*, II, 11. 12; *Philipp.*, V, 16. — Tite-Live, V, 52. — Dion Cassius, XXXIX, 11. 19.

[3] C'est pourquoi les autres comices sont, par antithèse, appelés *vera comitia* par Cic., *in Rul-*

Les assemblées des curies, désignées par le nom de *comitia calata*[4], restèrent en usage jusque sous l'empire pour procéder à la publication du calendrier et à l'inauguration de certains dignitaires sacerdotaux[5] et pour donner l'authenticité à certains actes de la vie privée qui, dans l'origine, avaient été considérés comme intéressant la chose publique ou tout au moins le culte de l'État, par exemple, les testaments, les arrogations, les *detestationes sacrorum*[6].

DU SÉNAT.

49. En exposant les changements que l'abolition de la royauté produisit dans l'organisation politique de Rome, nous avons eu l'occasion de montrer que ce fut le sénat qui, par la force des choses, tira le plus grand profit de la révolution qui venait de s'opérer. De corps simplement consultatif et surveillant, il devint de fait l'héritier du pouvoir exécutif des rois. Le pouvoir législatif et l'élection des magistrats appartenaient, à la vérité, aux comices du peuple; mais pendant longtemps encore les magistrats n'étaient choisis que sous l'influence du sénat, et l'initiative des lois à voter par les centuries lui appartenait exclusivement. Il est vrai que bientôt la puissance de la plèbe, concentrée entre les mains des tribuns, finit par rendre ces privilèges illusoires; mais l'accroissement

lum, II, 12. « Neque *veris comitiis*, hoc est, populi suffragiis, neque *illis ad speciem atque ad usurpationem antiquitatis*, per triginta lictores, auspiciorum causa adumbratis... » — Cf. LE MÊME, *ad Att.*, IV, 18. — DENYS D'HAL., IX, 41. X, 32.

4 Nous avons dit, ci-dessus, page 43, note 26, que ces assemblées portaient le nom de *comitia calata*, par la raison que pour elles il n'y avait pas d'invitation individuelle, mais convocation en masse, par toute la ville, comme dit Denys d'Halicarnasse. Ce dernier mode étant général pour les comices des centuries, ceux-ci étaient tous *calata* et il n'y avait pour eux aucune distinction à faire; tandis qu'à l'égard des comices curiates on distinguait les comices exceptionnels, sous le nom *calata*, des comices réguliers auxquels les *patres* étaient convoqués individuellement. C'est ainsi que s'explique parfaitement le passage de Labéon chez AULU-GELLE, XV, 27. « .... Calata comitia esse, quæ pro collegio pontificum habentur, aut regis (sacrorum) aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse *curiata*, alia *centuriata*. Curiata per lictorem curiatim calari; centuriata per cornicinem (DENYS D'HAL., II, 7, ci-dessus, page 43, note 25). Iisdem comitiis, quæ calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant... » *Voy.* encore, sur les *comitia calata* : VARRON, *de lingua latina*, V, 13 *in f.* (IV, 1 *in f.* Gothofr. — p. 7, 4 sq., Bipont.) — FESTUS, v. *Curia calabra* et les deux notes suivantes.

5 *A*) VARRON, *de l. l.*, VI, 27 (V, 4, Gothofr. — p. 59, Bipont.). — MACROBE, *Saturn.*, I, 15. — SERVIUS, *ad Verg. Æn.*, VIII, 654. — *B*) DENYS D'HAL., II, 22. 73. — AULU-GELLE, XV, 27, à la note précédente.

6 Nous aurons à parler avec plus de détails des arrogations et des testaments, ci-après, tome III, §§ 527-562. Quant à la *detestatio sacrorum*, nous manquons de renseignements précis. C'était probablement un acte par lequel le citoyen qui voulait sortir d'une famille ou d'une *gens* se faisait décharger des *sacra* de l'agrégation qu'il quittait, ce que CIC., *de Oratore*, 42, appelle *sacrorum alienatio*. *Voy.*, à ce sujet, AULU-GELLE, XV, 27, ci-dessus, note 4. — CICERON, *pro domo*, 13 « .... amissis sacris. » — SERVIUS, *ad Vergilii Æn.*, II, 156. — Cf. DION CASSIUS, XXXVII, 51. XXXIX. 11.

continu des richesses publiques et l'étendue et l'importance qu'acquirent par suite les attributions administratives du sénat, maintinrent et augmentèrent même l'influence et l'autorité de ce corps [1].

L'administration des affaires publiques était tout entière dans les mains du sénat [2]. La haute surveillance du culte lui appartenait [3]. Il représentait l'État à l'extérieur, levait les armées, décrétait les impôts et administrait les biens et les revenus de la république. A ce titre, il exerçait la suzeraineté à l'égard des alliés de la république, disposait du butin et des conquêtes, et dirigeait l'administration des provinces par des magistrats qu'il y envoyait [4]. Ses décrets avaient force obligatoire, et les magistrats devaient les exécuter, à moins qu'un tribun n'y opposât son veto [5]. Dans ce cas, et dans tous les autres où un décret du sénat ne pouvait sortir ses effets, on le rédigeait cependant par écrit, afin de le porter, en temps opportun, soit devant le peuple, soit de nouveau devant le sénat [6]. Les décrets réguliers, *senatusconsulta,* étaient transcrits dans des registres et confiés à la garde des édiles plébéiens dans le temple de Cérès. Plus tard, on les déposa dans les archives de l'*ærarium* au temple de Saturne [7].

50. Ce sont les consuls, et plus tard les censeurs, qui choisissent les sénateurs parmi les notables, *per lectionem* [8]. Celui qu'ils omettent sur la liste est par cela même exclu, *præteritus* [8]. Par la suite cependant l'exclu-

[1] *Voy.* ci dessus, n°s 40. 48 *in fine*, et ci-après, n° 73.

[2] Ce serait une besogne fastidieuse que d'indiquer tous les témoignages des anciens qui viennent à l'appui de la rapide analyse des pouvoirs du sénat que nous présentons. Le principal passage est le chapitre de Polybe, VI, 11-18, intitulé : Περὶ συστάσεως τῆς τῶν Ρωμαίων πολιτείας, *de reipublicæ romanæ constitutione,* et dans lequel l'historien grec cherche à démontrer, avec sa sagacité habituelle, que c'est la combinaison intelligente des trois éléments : peuple, sénat et magistrats, qui constitue le grand mérite de la constitution romaine et la rend supérieure à toutes les autres constitutions connues. — Faisons observer, à ce propos, que les auteurs modernes ont l'habitude d'attribuer également au sénat une juridiction criminelle. Nous verrons, ci-après, n° 90, que c'est une erreur.

[3] Tite-Live, IV, 30. XXV, 1. XXXIX, 14. – Valère-Maxime, I, 3. 3. – Dion Cassius, XXXIX, 15. XL, 47. — Dans les délibérations du sénat, les affaires divines avaient le pas sur les affaires humaines. Aulu-Gelle, XIV, 7. « ... de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse.... »

[4] Rappelons, à ce propos, les quatre inscriptions que nous avons mentionnées ci-dessus, page 8, notes 12-15.

[5] Polybe, VI, 16 (14). – Cic., *de leg.*, III, 3. – Aulu-Gelle, XIV, 7.

[6] Ces décrets sont ordinairement appelés *senatus auctoritates,* mais ce mot comprend également les décrets réguliers ou *senatusconsulta*. Cic., *de leg.*, II, 15; *de orat.*, III, 2; *ad famil.*, I, 2. 7. VIII, 8. – Tite-Live, IV, 57. – Dion Cassius, XLII, 26. LV, 3.

[7] Tite-Live, III, 55. – Zonaras, VIII, 15. – Polybe, III, 26. – Tite-Live, XXXIX, 4. – Tacite, *Ann.*, III, 51. – Suétone, *Octave*, 94. — Ces précautions étaient prises pour empêcher les faux. Mais on en commit encore souvent dans la rédaction des sénatus-consultes. Cic., *Philipp.*, V, 4; *ad Attic.*, IV, 18; *ad famil.*, IX, 15. XII, 1. 29.

[8] Festus, v. *Præteriti*.... Post exactos eos (reges), consules quoque et tribunos militum consulari potestate conjunctissimos sibi quoque patriciorum, et deinde plebeiorum legebant; donec Ovinia tribunicia intervenit, qua sanctum est, ut censores ex omni ordine *optimum* quemque

sion ne pouvait plus avoir lieu que pour des causes déterminées [9]. Le sénat se recrutait surtout parmi les anciens magistrats curules, qui y entraient après l'année de leur magistrature, mais n'étaient inscrits qu'au prochain lustre [10] : de là la différence entre *senatores* et ceux *quibus in senatu sententiam dicere licet* [11]. Vers la fin de la république, on fixa un cens sénatorial s'élevant à 800,000 sesterces [12].

51. Les assemblées du sénat se tenaient dans un lieu sacré, sur la convocation d'un consul ou dictateur, d'un préteur ou d'un tribun [13]. Dans l'assemblée, le magistrat qui avait fait la convocation commençait par exposer l'objet qu'il entendait soumettre aux délibérations du sénat [14]; ensuite il ouvrait la discussion, en appelant les uns après les autres les sénateurs inscrits [15], qui exprimaient alors leurs opinions en les motivant comme ils l'entendaient. Les opinants pouvaient aussi faire des propositions incidentes et même des propositions entièrement nouvelles, sur lesquelles l'assemblée statuait ensuite [16]. Les débats étant

curiatim in senatu legerent (cf. TITE-LIVE, XXII, 49); quo factum est, ut qui præteriti essent et loco moti, haberentur ignominiosi. » — CIC., *pro Cluentio*, 42. « C. Getam, cum a L. Metello et Cn. Domitio, censoribus, ex senatu eiectus esset, censorem ipsum postea esse factum. — *Voy.* aussi DION CASSIUS, XXXVIII, 30. XLII, 52.

[9] *Lex Cassia.* ASCONIUS PEDIANUS *in orat. in toga cand.* (p. 48, édit. Orelli). — TITE-LIVE, XXXIX, 42. — ZONARAS, VII, 19.

[10] TITE-LIVE, XXIII, 23. Cf. XXII, 49. — VALÈRE-MAXIME, II, 2. 1. — Cf. TACITE, *Ann.*, XI, 22. — Il est intéressant de poursuivre l'histoire du sénat sous ce rapport. Dans le principe, il est formé des chefs des *gentes* patriciennes; par la suite, ce sont les censeurs qui nomment les sénateurs; à la fin, le peuple les choisit, du moins indirectement, puisque c'est lui qui élit les magistrats qui, en sortant de fonctions, deviennent sénateurs. C'est ainsi que CICÉRON dit, *in Verrem*, IV, 11 : « ... Populo romano, cuius beneficio nos in hunc ordinem venimus. » Il ne fallait qu'une organisation rationnelle pour en faire une véritable représentation nationale.

[11] TITE-LIVE, XXIII, 23. XXXVI, 3. — AULU-GELLE, III, 18. — FESTUS, vv. *Pedarium*, ci-après, note 17. « *Senatores*... cum senatores adesse iubentur, quibusque in senatu sententiam dicere licet; quia ii, qui post lustrum conditum ex iunioribus magistratum ceperunt, et in senatu sententiam dicunt, et non vocantur senatores antequam in senioribus sunt censi. » — Cf. VALÈRE-MAXIME, II, 2, 1.

[12] C'est-à-dire deux millions d'as. Auguste l'éleva de moitié, en le portant à 1,200,000 sesterces. SUÉTONE, *Octave*, 41. Cf. PLINE, *Hist. nat.*, XIV, .

[13] VOCARE, COGERE SENATUM. CIC., *de legibus*, III, 3. 4; *de oratore*, III, 1; *ad familiares*, X, 12. — AULU-GELLE, XIV, 7. 8 et *passim*.

[14] Cela s'appelle REFERRE, AD SENATUM REFERRE. CIC., *Phil.*, II, 9. — TITE-LIVE, XXII, 9. XXIV, 11. XXXIX, 39. XLV, 21. — AULU-GELLE, XIV, 7. — SUÉTONE, *César*, 28 et *passim*. *Voy.* BRISSONIUS, *de formulis*, II, 43 sqq. — On dit aussi VERBA FACERE. Voir ci-après, note 16.

[15] SENTENTIAM ROGARE OU INTERROGARE, SENATUM CONSULERE. CIC., *in Catil.*, I, 4. III, 6. — TITE-LIVE, II, 28. 29. XXII, 60. XXVI, 33. XXX, 23. — Fr. 2, § 1, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1.

[16] CIC., *pro lege Manilia*, 19; *Philipp.*, VII, 1; *ad famil.*, X, 16; *ad Quintum fratrem*, II, 1. — TITE-LIVE, XXIX, 15-16. XXX, 21. XLII, 3. — On emploie les termes VERBA FACERE, MENTIONEM FACERE, pour désigner ces propositions nouvelles. Cependant ces deux termes, et surtout VERBA FACERE, se disent également de la proposition originaire, faite par le magistrat présidant. CIC., *Philipp.*, VIII, 4; *ad famil.*, VIII, 8. — Fr. 20, § 6, D., *de heredit. petit.* 5, 3. — Fr. 2, § 1, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Sous les empereurs, nous voyons des consuls refuser de soumettre des

terminés, l'on procédait au vote par discession [17]. Quand il s'agissait d'objets de moindre importance, le vote se faisait souvent sans délibération préalable [18].

DES MAGISTRATS.

52. En conférant le pouvoir aux magistrats de son choix, le peuple romain leur déléguait l'exercice de la partie de la souveraineté nationale qui se trouvait comprise dans les attributions de leur charge. Il en résultait que la puissance des magistrats était illimitée, puisque personne, dans la république, ne pouvait oser se placer au-dessus de celui qui se trouvait investi d'une partie de la souveraineté même [1]. Aussi voyons-nous les magistrats poser des actes qui, d'après nos idées modernes, paraissent incompatibles avec une organisation politique régulière et surtout avec la division des pouvoirs que nous sommes habitués à considérer comme la sauvegarde la plus efficace des libertés publiques. Des consuls se maintiennent de leur seule autorité en fonctions après l'expiration de leur magistrature, d'autres proclament leurs successeurs sans qu'il y ait eu élection. Le consul Postumius se décerna l'honneur d'un triomphe malgré le sénat [2]; les deux censeurs M. Livius et C. Claudius décrétèrent un impôt sur le sel, qui valut au premier le surnom de Salinator [3]. Ainsi encore, bien que les consuls et le dictateur fussent les magistrats les plus élevés de la république, nous lisons qu'en 282 le tribun L. Lætorius

propositions incidentes à la délibération du sénat. TACITE, *Ann.*, XV, 22. Il est peu probable qu'un pareil procédé ait été admis sous la république. CIC., *pro lege Manilia*, 19; *ad famil.*, X, 16; mais il va sans dire que le Sénat pouvait refuser de délibérer. CIC., *in Pisonem*, 13.

[17] DISCESSIONEM FACERE. PEDIBUS IRE IN SENTENTIAM. POLYBE, XXXIII, 1. — CIC., *Philipp.*, VI, 1, *ad famil.*, XIII, 13. X, 12, 16; *ad Att.*, XVI, 17. — TITE-LIVE, V, 9. XXII, 56. — AULU-GELLE, III, 18. XIV, 7. — SUÉTONE, *Tibère*, 31, et *passim*. — A ce mode de votation se rapporte l'épithète *pedarii*, qui est parfois ajoutée au mot *senatores*. D'après FESTUS, v. *Pedarium*, senatorem significat... quia tacitus, transeundo ad eum cujus sententiam probat, quid sentiat judicat, » il faudrait entendre par *pedarii* les sénateurs qui n'émettent leur vote qu'en se rangeant aux suffrages; et cette interprétation trouve un appui dans CIC., *ad Att.*, I, 19. — TACITE, *Ann.*, III, 65. (AULU-GELLE, III, 18, cite à ce propos l'autorité de Varron et un vers de Laberius : « Caput sine lingua pedaria sententia est. » Cf. CIC., *ad Att.*, I, 19.) Mais il n'est pas à méconnaître qu'elle se concilie difficilement avec quelques autres passages et avec ce que nous avons dit ci-dessus, note 11, sur les membres non inscrits, *quibus in senatu sententiam dicere licet*.

[18] CIC., *Philipp.*, III, 9. — AULU-GELLE, III, 18. XIV, 7.

[1] Illimitée est, en effet, la souveraineté nationale, source de tout pouvoir. CICERON, *de inventione rhetorica*, II, 17. 18; *de partitione oratoria*, 30. « Maiestas est in imperii atque in nominis populi romani dignitate. ». Cette idée domine entièrement la délégation du pouvoir au roi et aux héritiers directs des fonctions royales, mais elle s'affaiblit naturellement à mesure que le nombre des magistrats augmente par suite de la division des fonctions. Cf. ci-dessus, page 54, notes 39. 40.

[2] TITE-LIVE, X, 37. D'autres exemples analogues : LE MÊME, III, 63. — DENYS D'HAL., VI, 30. XI, 49. — ZONARAS, VII, 19.

[3] TITE-LIVE, XXIX, 37.

menaça le consul Appius Claudius, qui troublait l'assemblée des tribus, de le faire arrêter, et le consul dut se retirer avec ses licteurs [4]. Lorsque Camille (387) fut nommé dictateur afin d'empêcher qu'on ne votât sur les propositions de Licinius, les tribuns le prévinrent qu'ils le feraient condamner à une amende de 500,000 as, au cas qu'il osât agir comme dictateur, et Camille résigna ses fonctions [5]. L'impérieux dictateur L. Manlius dut également céder devant les tribuns [6]. Un tribun força Appius Claudius l'aveugle de se démettre de la censure en le menaçant de le faire arrêter comme rebelle [7]. Et, pour ne plus citer qu'un seul exemple, en 602, les tribuns firent jeter en prison les consuls L. Licinius Lucullus et A. Postumius Albinus pour avoir trop sévèrement opéré la levée du contingent de l'armée [8]. Bref, comme nous l'avons dit en commençant, les magistrats romains étaient, dans l'exercice de leurs fonctions, aussi souverains que le peuple dont ils étaient les délégataires, et l'histoire nous prouve qu'en dehors de l'appel au peuple [9], leur pouvoir n'avait d'autres limites que celles qui leur étaient imposées par l'opinion publique [10] et par la responsabilité qu'ils encouraient par leurs actes. Car après leur gestion ils pouvaient être accusés [11], et il n'est pas sans exemple que le peuple ait privé du pouvoir les magistrats qui en abusaient, en les forçant de se démettre de leur dignité [12]. En outre, l'exécution de leurs décrets

[4] TITE-LIVE, II, 56. – DENYS D'HAL., XIX, 44.

[5] TITE-LIVE, VI 38. VII, 3. – PLUTARQUE, *Camille*, 52.

[6] TITE-LIVE, IX, 34 *in fine*.

[7] TITE-LIVE, VII, 3.

[8] TITE-LIVE, *epitome* XLVIII. Un autre fait de même nature est rapporté par CIC., *de legibus*, III, 9; *in Vatinium*, 9.

[9] Cf. ci-après, note 14.

[10] C'est, en effet, de l'opinion publique que dépendait l'avenir de tout homme d'État. Aussi le magistrat populaire pouvait-il tout oser et agir comme il l'entendait, même malgré ses collègues et malgré le sénat. Les exemples cités aux notes qui précèdent le prouvent. Nous pouvons y ajouter celui de Jules César, mentionné par SUÉTONE, *César*, 15, ci-après, note 12, et VELLEJUS PATERCULUS, II, 44. « Bibulus, collega Cæsaris (consulis), cum actiones ejus magis VELLET impedire quam POSSET, majore parte anni domo se tenuit. » Pourtant souvent aussi les magistrats affrontaient l'impopularité et sortaient victorieux de la lutte. Sans parler de la race hautaine des Appius Claudius, nous trouvons chez VALÈRE-MAXIME, III, 7, 3, le consul P. Scipio Nasica rudoyant la plèbe en ces termes : « Tacite, quæso, Quirites. Plus enim ego, quam vos, quid reipublicæ expediat, intelligo. » Et, d'après le témoignage de l'historien, la masse se soumit en silence. *Voy.* LE MÊME, VI, 2. 3. VI, 4. 1. 2.

[11] POLYBE, VI, 14. 15. – TITE-LIVE, V, 29. IX, 26. XXII, 25. *XXIV, 43. XXXVII, 57. 58. *XLII, 21. *XLVII *in f.* –*CIC., *pro Flacco*, 32. – DENYS D'HAL., X, 50. Cf. *X, 39 et ASCONIUS, *in orat. pro Scauro*, p. 19, Orelli. — *N. B.* Dans les passages marqués d'un astérisque, il s'agit de poursuites contre des magistrats encore en fonctions.

[12] FESTUS, v. « *Abacti* magistratus dicebantur, qui coacti deposuerunt imperium ». Le premier exemple et le plus éclatant de la destitution d'un magistrat est celui du roi Tarquin. Peu de temps après, le consul L. Tarquinius Collatinus, collègue de Iunius Brutus, fut forcé d'abdiquer. CIC., *de off.*, III, 10. – TITE-LIVE, II, 2. – DENYS D'HAL., V, 11. En 296, le consul Minucius eut le même sort. TITE-LIVE, III, 29. — Des exemples, appartenant à notre époque, se trouvent chez

pouvait être empêchée par tout autre magistrat qui, ayant un rang égal ou plus élevé, usait de son droit d'intercession [13], et surtout par les tribuns dont le veto suffisait pour paralyser les actes de tous les autres magistrats et même du sénat [14]. Enfin, le dernier moyen, le moyen suprême contre l'arbitraire des magistrats, est l'appel au peuple, *provocatio ad populum* [14].

53. Les Romains désignent le pouvoir des magistrats par les termes *potestas* et *imperium* [15]. Ils établissent cependant aussi entre ces deux termes une distinction essentielle et importante, mais qu'il est difficile de préciser [16]. Sans vouloir essayer de donner ici des définitions rigoureuses (ce qui est impossible [17]), nous pouvons résumer la question, en disant que l'*imperium* par excellence est le pouvoir suprême qui n'appartient qu'aux magistrats héritiers du pouvoir royal en vertu d'une loi curiate [18]

Tite-Live, *epit.* XIX. LXVII. — Denys d'Hal., X, 25. — Valère-Maxime, II, 7. 7. — Appien, *de rebus Hisp.*, 83. — Dion Cassius, XXXVI, 13. XLIV, 10. XLVI, 49. LVII, 21. LIX, 23. LX, 15. — Zonaras, VII, 17. 26. Cf. Cic., *in Catil.*, III, 6. — Tite-Live, V, 9. XXII, 25. XXVII, 20. 21. XXIX, 19. XLIII, 16. — Plutarque, *Marcellus*, 37. Voy. encore ci-après, nº 64, note 12. — Le sénat aussi essaya de révoquer des magistrats. Ainsi il destitua Jules César, préteur, et Cæcilius Metellus, tribun de la plèbe ; mais le peuple ne tint aucun compte du décret sénatorial, et les deux magistrats continuèrent leurs fonctions comme auparavant. Suétone, *Jules César*, 15.

[13] Cic., *de legibus*, III, 3. « Par maiorve potestas. » — Tite-Live, II, 18. « Pari potestate. » — Appien, *de bellis civ.*, I, 12. III, 50.

[14] La protection des tribuns et l'appel au peuple constituent la sauvegarde sacrée, la garantie la plus précieuse du citoyen romain. Cic., *in Verrem*, II, 5, 63. « O nomen dulce libertatis ! o ius eximium nostræ civitatis ! O lex Porcia, legesque Semproniæ ! O graviter desiderata et aliquando reddita plebi romanæ tribunicia potestas. » — Le même, *de oratore*, II, 48. « Provocationem, patronam illam civitatis et vindicem libertatis. » — Nous reviendrons sur la protection des tribuns, ci-après, nº 64. Quant à la *provocatio ad populum*, nous avons déjà eu et aurons encore l'occasion d'en parler assez souvent, pour nous borner ici à mentionner les diverses lois qui consacrèrent ce précieux droit. La première fut la loi *Valeria*, portée en 245, immédiatement après l'expulsion des rois. Elle fut suivie de deux autres lois du même nom, l'une portée en 305, après la seconde émigration de la plèbe, l'autre en 454, des lois *Porciæ* du milieu du sixième siècle, et de la loi *Sempronia* de 631. *Voy.*, pour les détails, ci-dessus, nºs 7. 18. 25. 35, et ci-après, nºs 62. 90. 91.

[15] Dans le langage vulgaire et même dans le langage officiel, les termes *imperium*, *potestas*, *magistratus*, *honores* sont employés indistinctement. Tabula Bantina, lin. 16. 19. « ... magistratum imperiumve... » — Lex (Acilia), lin. 8. 9. — Lex (Thoria) agraria, lin. 10. — Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20, lin. 51 « ... neive quis mag(istratus) prove mag(istratu), neive quis pro quo imperio potestateve erit.... » — Lex de imperio Vespasiani, c. 4. « .... magistratum, potestatem, imperium, curationem cujus rei.... » — Cic., *de amicitia*, 15. 17. « .... honores, imperia, potestates.... » et *passim*.

[16] Festus, vv. « *Cum imperio* esse dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperium. *Cum potestate esse* dicebatur de eo qui a populo negotio alicui præficiebatur. » — Cic., *ad famil.*, VIII, 8; *Philipp.*, V, 16. « Demus igitur *imperium* Cæsari, sine quo res militaris administrari, teneri exercitus, bellum geri non potest. » Cf. le même, *in Rullum*, II, 12.

[17] Nous aurons à faire la même observation plus loin, à propos d'une division en *imperium mixtum* et *imperium merum*, dont nous nous réservons de parler quand nous nous occuperons de la *juridiction*, pour ne pas accumuler ici trop de complications. *Voy.* ci-après, § 42.

[18] C'est-à-dire au dictateur, à l'*interrex*, aux consuls, aux *tribuni militum consulari potestate*, au préteur ; les proconsuls et les propréteurs ont aussi l'*imperium*, mais il ne s'étend pas au delà

et qui se manifeste dans l'ordre militaire, comme dans l'ordre civil [19]. Des auteurs de l'époque impériale présentent comme un privilége inhérent à l'*imperium* proprement dit le droit qu'on appelle *jus coercendi* ou *coercitionis* [20]. Cela est évidemment inexact; car nous voyons des magistrats qui ne jouissent point de l'*imperium* employer des mesures de contrainte pour assurer l'exécution de leurs ordres [21], en opérant des saisies de gages, en infligeant des amendes, même en usant de la contrainte physique. Nous n'avons guère de renseignements sur le premier moyen, la saisie de gages; il est à supposer que le récalcitrant ne recouvrait l'objet saisi qu'en obtempérant à l'ordre qu'il avait méconnu [22]. Quant aux amendes, *multæ*, nous avons vu que, déjà dans l'époque précédente, deux lois avaient fixé comme *maximum* deux moutons et trente bœufs [23]; la loi *Julia et Papiria* de 324 statua que le chiffre de l'amende devait s'évaluer en argent, le mouton estimé dix as, le bœuf cent as [24]. Le mode de la contrainte physique était, certes, dans l'origine abandonné à l'arbitraire des magistrats qui non-seulement faisaient arrêter et emprisonner

du territoire de leur province. TITE-LIVE, VIII, 26. IX, 42. X, 22. XXXII, 28. — Fr. 1, D., *de officio proconsulis*, I, 16 et la note suivante. — Rien ne s'opposait cependant à ce que, dans un cas donné, le peuple conférât l'*imperium* extraordinairement. TITE-LIVE, XXVI. 10. Chez LE MÊME, XXXIV, 53, nous lisons que, par un plébiscite rendu en *ex senatusconsulto*, l'*imperium* fut attribué pour trois ans à des *III viri* COLONIÆ DEDUCENDÆ; mais il n'est pas certain qu'il s'agisse ici de l'*imperium* proprement dit. Cf. LE MÊME, XXXII, 29.

[19] CIC., *in Rullum*, II, 12; *Philipp.*, V, 16, ci-dessus, note 16; *ad familiares*, I, 9; *ad Atticum*, IV, 10; *ad Quintum fratrem.*, V, 52. — TITE-LIVE, V, 52 et *passim*. Ce qui caractérise le commandement militaire, c'est qu'il ne peut s'exercer qu'en dehors de la ville et de la banlieue. Cf. ci-après, note 30.

[20] ULPIEN, Fr. 2, D., *de in jus vocando*, 2. 4. — Cf. AULU-GELLE, XIII, 12.

[21] Nous avons eu l'occasion de constater ci-dessus, page 56, notes 20 sqq., que dès avant la loi des Douze Tables, tous les magistrats pouvaient infliger des amendes, *multæ;* et il est probable qu'ils avaient tous également le droit de saisir des gages (ci-après, note 22). Quant à la contrainte physique, nous avons suffisamment vu ci-dessus, notes 4-8, que les tribuns de la plèbe en faisaient un large usage, même à l'égard des hommes les plus considérables. *Voy.*, encore ci-après, n° 64. Les censeurs n'hésitaient point à employer, le cas échéant, des moyens de coercition (CIC., *de republica*, II, 35. — TITE-LIVE, XLIII, 16); et, quand on tient compte des fonctions que les édiles avaient à remplir, il est difficile d'admettre que le droit de coercition leur ait fait défaut. Cf. TACITE, *Ann.*, XIII, 28, et SUÉTONE, *Claude*, 38. — AULU-GELLE, XIII, 12, le refuse formellement aux questeurs; mais nous verrons, ci-après, note 27, que l'argument sur lequel il se fonde est inexact.

[22] CIC., **de oratore*, III, 1; **Philipp.*, I, 5. — TITE-LIVE, *III, 38. *XXXVII, 51. XLIII, 16. — DENYS D'HAL., VIII, 81. 87. — SUÉTONE, *César*, 17. — PLUTARQUE, *Cato minor*, 37. — *AULU-GELLE, XIV, 7, 10. — FRONTIN, *de aquis*, 129. Que devenaient les objets saisis? Nous ne trouvons point d'exemple de vente sous la république : il paraît qu'en cas de persistance de la part du *contumax*, le magistrat les faisait briser ou détruire, procédé qui, au reste, s'employait aussi sans saisie préalable. CIC., *Philipp.*, I, 5. — DENYS D'HAL., VIII, 87. — SUÉTONE, *l. l.* — AURELIUS VICTOR, *de viris ill.*, 73. — La saisie de gages était particulièrement employée à l'effet de forcer les sénateurs à assister aux séances du sénat. *Voy.* les passages ci-dessus marqués d'un astérisque.

[23] *Voy.*, ci-dessus, page 57, note 24.

[24] CIC., *de republica*, II, 35. — TITE-LIVE, IV, 30.

les citoyens rebelles à leurs ordres [25], mais n'hésitaient pas à les faire frapper de verges, même à mort [26]. Avec le temps il s'établit, par l'usage, certaines règles dans cette matière [27]; mais les abus continuèrent pendant bien longtemps et ce ne fut que vers le milieu du sixième siècle que des lois *Porciæ* défendirent, sous des peines sévères [28], de faire battre ou mettre à mort des citoyens romains [29]. Contre le magistrat qui tentait d'agir au mépris de ces lois, le citoyen menacé pouvait invoquer l'intercession des tribuns ou recourir au peuple. L'appel au peuple cependant ne pouvait être dirigé contre un acte émanant de l'*imperium militare* [30]. — Pour exercer leur droit de coercition, les magistrats investis de l'*imperium* avaient des licteurs, qui étaient également une distinction honorifique ; les autres avaient de simples *viatores*. Les écritures se faisaient par

[25] Cic., *de legibus*, III, 3. — Valère-Maxime, II, 10, 7. — Suétone, *César*, 17. 20. — Aulu-Gelle, IV, 10. 8, XIII, 12, 6. — Plutarque, *Cato minor*, 33. — Dion Cassius, XXXVIII. 3. *Voy.* encore, ci-après, n° 64.

[26] Cic., *de legibus*, III, 3. — Tite-Live, II, 55. *epit.* 59. — Denys d'Hal., IX, 39. — *Voy.* encore, ci-après, n° 64.

[27] Nous nous bornons à citer un passage d'Aulu-Gelle, XIII, 12, qui, d'après Labéon et Varron, établit une différence essentielle entre *vocatio* et *prehensio* : « In magistratu habent alii vocationem, alii prehensionem, alii neutrum. Vocationem, ut consules et ceteri qui habent imperium ; prehensionem ut tribuni plebis et alii qui habent viatorem ; neque vocationem, neque prehensionem, ut quæstores et ceteri qui neque lictorem habent, neque viatorem. (Faisons observer que les questeurs et les édiles avaient des *viatores*. Lex de scribis et viatoribus, II, lin. 6 sqq. — Tite-Live, XXX, 39. — Orelli, *inscr.* n° 2253)... Qui vocationem habent, iidem prehendere, tenere, abducere possunt : et hæc omnia, sive adsunt quos vocat, sive acciri jusserunt. » Mais la suite du passage prouve que, dans la pratique, on ne tenait guère compte de ces distinctions.

[28] « Porcia tamen lex.... gravi pœna, si quis verberasset, necassetque civem romanum, sanxit, » dit Tite-Live, X, 9. Mais quelle était cette *gravis pœna?* Nous n'avons à ce sujet aucun renseignement certain, pas plus que sur la teneur et la date précises de la loi ou plutôt des trois lois Porciæ ; car c'est ce nombre qui nous est donné par Cic., *de rep.*, II, 31. En combinant les divers passages des anciens qui parlent de ces lois, nous arrivons à ce résultat probable, qu'elles renouvelaient la défense des lois Valeriæ *ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*, tout en étendant peut-être le droit de provocation au delà de la banlieue de Rome et en le sanctionnant par une peine qui a pu être celle de la *maiestas* ou de la *perduellio* (Cic., *in Verrem*, II, 5, 53 sq., combiné avec II, 5, 5). Quant à la date des lois, il est probable qu'elles sont postérieures à l'an 585 où finissent les annales de Tite-Live qui ne nous en donne point l'historique. D'après une médaille d'argent qui se trouve chez Eckhel, V, 286, il est vraisemblable que l'une de ces lois est due à un Porcius Læca. *Voy.*, en général, sur ces lois, outre le passage de Tite-Live, X, 9, transcrit ci-dessus : Ciceron, *de republica*, II, 31 ; *pro Rabirio perduellionis reo*, 3. 4 ; *in Verrem*, II, 5, 63 (Aulu-Gelle, X, 3, 13). — Salluste, *Catilina*, 51. — Pseudo Salluste, *declamatio in Ciceronem*, 3, p. 319, ed. Bipont. — Festus, v. *Pro scapulis*.

[29] Voy. ci-après, n° 74, note 3 et n° 90.

[30] Polybe, VI, 12, 5. — Cic., *de republica*, I, 40. « .... Noster populus in pace et domi imperat....; in bello sic parit ut regi... » Cf. *de legibus*, III, 3. — Tite-Live, III, 20. XXIV, 9. Mais aussi l'*imperium* des chefs militaires cessait, dès qu'ils entraient dans Rome. Tite-Live, XXVI, 9. XLV, 35. — Aulu-Gelle, XV, 27. — Plutarque, *Pompée*, 58. — Asconius, *in Cic., pro Scauro*, p. 28, Orelli. — Fr. 16, D., *de officio proconsulis* I, 16.

des *scribæ;* d'autres offices étaient remplis par divers employés que nous mentionnerons plus loin [31].

54. La plupart des magistrats étaient assistés d'un conseil [32]. Le sénat en tenait lieu pour les consuls quand ils étaient à Rome; en dehors de la ville, ils étaient ordinairement accompagnés de quelques sénateurs [33]. Les autres magistrats choisissaient librement les membres de leur conseil parmi les hommes les plus importants de la république [34].

On n'obtenait les magistratures que dans un certain ordre, qui fut définitivement fixé par Sylla [35]. Des lois particulières, *leges annales*, déterminaient l'âge avant lequel on ne pouvait se porter candidat pour les différentes fonctions publiques [36].

55. Nous trouvons chez les Romains diverses divisions des magistratures, qui n'offrent guère pour nous qu'un intérêt secondaire. Ils qualifiaient de *maiores* les magistrats qui avaient les grands auspices, *auspicia maiora* ou *maxima*, et *minores* ceux d'une dignité moindre [37]. Les magistrats ayant la distinction honorifique de la chaise curule étaient appelés *curules*. Les termes *magistratus populi* et *magistratus plebis* n'ont pas besoin d'explication. Tous les magistrats n'ont pas le droit de faire des propositions aux assemblées du peuple, *cum populo* ou *cum plebe agere*. Notre exposé fera connaître ceux qui jouissent de ce droit [38]. Enfin, on distingue les magistrats ordinaires, qui sont élus à des époques déterminées, régulièrement pour un an [39], et les magistrats extraordinaires. C'est cette division que nous prendrons pour base de notre exposé, en traitant d'abord des magistrats ordinaires les plus importants, ensuite des magis-

[31] *Voy.* ci-après, nº 66.

[32] Le magistrat qui prenait une mesure quelque peu importante, surtout le préteur qui jugeait sans son conseil, s'exposait aux critiques les plus sévères. Cic., *in Verrem*, II, 2, 28 sqq. Cf. *ibidem*, 5, 21 et ci-après, nº 210 *in fine*.

[33] Polybe, VI, 12. 13. — Cic., *in Vatinium*, 15; *Philipp.*, XII, 12. — Salluste, *Jugurtha*, 62.

[34] Salluste, *Jugurtha*, 62. — Cic., *in Verrem*, II, 2, 29. 30; 5. 21. Cf. *de legibus*, III, 4. — Tite-Live, XXIX, 20. XXXVIII, 60. — Juvenal, *Satires*, III, 161.

[35] Cic., *Philipp.*, XI, 5. — Appien, *de bellis civ.*, I, 100 sqq. 121.

[36] Cic., *Philipp.*, V, 17. Cf. le même, *de leg.*, III, 3. — Tacite, *Annal.*, XI, 22. — Tite-Live, XL, 44, cite la loi *Villia* (575) comme la première loi annale; mais il paraît qu'il y avait déjà auparavant des dispositions légales à cet égard. Le même, XXV, 2.

[37] Cic., *de legibus*, III, 3. — Aulu-Gelle, XIII, 15. Cet auteur ne cite comme *maiores* que les consuls et les préteurs, magistrats ordinaires. Il est évident qu'il oublie les magistrats extraordinaires. Le terme *magistratus minores* est fort élastique.

[38] Festus, v. « *Cum populo agere* hoc est, populum ad concilium aut comitia convocare. » — Aulu-Gelle, XIII, 15 *in f.* « .... *Cum populo agere*, est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut jubeat aut vetet; *contionem autem habere*, est verba facere ad populum sine ulla rogatione. » — Cic., *de legibus*, III, 4; *in Vatinium*, 7. « egisse cum plebe... »; *pro domo*, 15. — Salluste, *Catilina*, 51. — Macrobe, *Saturn.*, I, 16.

[39] Les censeurs cependant, quoique étant élus tous les cinq ans, ne conservaient leur pouvoir que pendant dix-huit mois. *Voy.* ci-après, nº 58.

trats extraordinaires, enfin des tribuns de la plèbe et des magistrats d'un ordre inférieur.

Des magistrats ordinaires.

56. Parmi les magistrats ordinaires du peuple romain figurent au premier rang [1] les consuls, originairement appelés préteurs [2], au nombre de deux, élus pour un an par les centuries et investis de l'*imperium* par une loi curiate. C'est à eux que fut transféré le pouvoir royal [2]. A ce titre ils étaient les chefs de l'armée, *prætores,* et en général du pouvoir exécutif [2]. Ils convoquaient et présidaient les comices du peuple, curiates et centuriates, ainsi que certaines assemblées électorales et, dans les derniers temps, même les assemblées législatives des tribus [3]. L'administration de la justice leur appartenait également [4]; mais ils perdirent de fait cette attribution par la création de la préture. Cependant, en vertu du droit d'intercession qui leur compétait vis-à-vis de tout magistrat, ils pouvaient, bien qu'ils le fissent rarement, empêcher l'exécution des décrets rendus par le préteur [5]. — Nous avons vu, ailleurs, comment cette haute magistrature, exclusivement patricienne dans l'origine, fut rendu accessible aux plébéiens [6]. — Lorsque les conquêtes de la république se furent étendues hors de l'Italie, les consuls obtenaient, après l'année de leur magistrature, l'administration d'une province, où ils fonctionnaient comme s'ils étaient encore revêtus du pouvoir consulaire, *pro consule fungebantur* [7]. Dans cette condition, ils conservaient leur *imperium*, mais ils ne pouvaient l'exercer que dans la province dont l'administration leur était confiée [8].

57. Le préteur était considéré comme le collègue des consuls; dans le principe, il n'en différait pas même par le nom [9]. Ses fonctions con-

[1] CICÉRON, *pro Plancio,* 25. « Honorum populi finis est consulatus. »

[2] *Voy.* ci-dessus, n° 25, et POLYBE, VI, 12. — TITE-LIVE, II, 1. IV, 2. 3. — DENYS D'HAL., VI, 63. X, 1. 34 et *passim.*

[3] *Voy.* ci-dessus, n°s 43 et 46.

[4] Aussi portent-ils, dans d'anciennes formules, le nom de *iudices.* VARRON, *de l. l.* VI, 88 (V, 9, col. 44, Gothofr. — p. 75, Bipont.). — TITE-LIVE, III, 55. *Voy.* ci-dessus, page 69, note 2.

[5] VALÈRE-MAXIME, VII, 7. 6. « ... Appellatus Mamercus a Surdino, cuius libertus Genucium heredem fecerat, prætoriam iurisdictionem abrogavit. » — Cf. TITE-LIVE, XLII, 9. — PLUTARQUE, *Marius,* 38.

[6] *Voy.* ci-dessus, n° 37 *in fine* et n° 38.

[7] Le premier exemple d'une prorogation de pouvoirs, par suite de laquelle un consul, sortant de fonctions, continue de gérer comme s'il était encore consul, *pro consule,* se trouve chez TITE-LIVE, VIII, 23. « Ut, cum Q. Publilius Philo consulatu abiisset, pro consule rem gereret. » Cf. LE MÊME, *ibidem,* 26. — Mais le proconsulat, comme institution régulière, ne fut introduit qu'après la création des provinces. Ci-après, notes 18 et suivants.

[8] *Voy.* ci-après, n°s 108 et suivantes.

[9] TITE-LIVE, III, 55. VII, 1. VIII, 32. — AULU-GELLE, XIII, 15. — Il n'avait cependant pas autant

sistaient à administrer la justice et à remplacer, en cas de besoin, les consuls, tant dans le commandement militaire que dans la présidence des comices du peuple et de la plèbe [10]. — L'origine de cette charge remonte au commencement de l'histoire romaine, mais elle n'existe comme magistrature ordinaire et indépendante que depuis l'admission des plébéiens au consulat.

Dans les premiers temps, la justice était rendue par le roi, plus tard par les consuls, les décemvirs, les tribuns consulaires. Quand ces magistrats se trouvaient dans la nécessité de quitter Rome, ils étaient remplacés par le sénateur chargé de maintenir l'ordre dans la ville (*custos urbis, præfectus urbi, prætor urbanus* [11]), et dont naturellement l'administration de la justice constituait l'attribution la plus importante. Par la suite, la charge d'administrer la justice passa des consuls aux censeurs [12]; enfin, lorsque les plébéiens furent admis au consulat, la caste dominante crut agir habilement en créant à côté des consuls une magistrature analogue, exclusivement accessible aux patriciens, et renfermant les attributions qui auparavant avaient été, le cas échéant, exercées par le préfet de la ville [13]. C'est à partir de cette époque (387) que nous voyons figurer comme magistrat ordinaire le *prætor urbanus*, c'est-à-dire le magistrat consulaire dont le pouvoir est restreint à ville de Rome [14]. A l'aide de ce stratagème, les patriciens réussirent à conserver encore quelque temps le monopole de l'administration de la justice; mais bientôt ils durent céder également sur ce point, et en 418 Q. Publi-

de licteurs, et en somme son pouvoir était considéré comme moindre, *imperium minus*. Cic., *ad Att.*, IX, 9. — Aulu-Gelle, XIII, 15. — Valère-Maxime, II, 8, 2. — Appien, *de rebus syr.*, 15. — Incertus auctor *de magistrat. et sacerdot.*, p. 2.

[10] Cic., *de legibus*, III, 3. « Iuris disceptator, qui privata iudicat iudicarive iubeat, prætor esto. » Le même, *pro Balbo*, 24; *ad famil.*, X, 12, à la note suivante. — Tite-Live, VIII, 17. XXII, 33. XXIII, 32. XXIV, 9. XXV, 22. XXVII, 23. XXXIX, 20 et *passim*. Cf. la note suivante, et ci-dessus, page 93, note 4 et page 98, note 12.

[11] Cic., *ad familiares*, X, 12. « .... prætorem urbanum, ... qui, quod consules aberant, consulare munus sustinebat *more maiorum*. — Tite-Live, III, 9. 24. 33. 41. IV, 31. 36. 59. V, 13. VI, 6. 42. — Denys d'Hal., X, 57. XI, 23. 44. — Tacite, *Ann.*, VI, 10. « .... Antea profectis domo regibus, ac mox magistratibus, ne urbs sine imperio foret, in tempus delegebatur, *qui ius redderet ac subitis mederetur.* » — Aulu-Gelle, XIV, 7. — Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 38. *Τῷ δὲ εἰκοστῷ τρίτῳ τῶν ὕπατων ἔτει εἰς τρεῖς μοίρας τὰ τῆς ἀρχῆς διῃρέθη, εἰς τοὺς ὑπάτους, εἰς τὸν τῆς πόλεως ὕπαρχον καὶ τὸν δῆμον. Καὶ οἱ μὲν ὕπατοι διῴκουν τοὺς πολέμους, ὁ δὲ δῆμος ἐστρατεύετο, ὅγε μὴν ὕπαρχος τὴν πόλιν ἐφύλαττε,* custos urbis *προσαγορευόμενος, ὡσανεὶ φύλαξ τῆς πόλεως*... II, 6. « *Τῷ πολιάρχῳ, ὃν καὶ αὐτὸν ὕπαρχον ὀνομασθῆναι προδεδήλωται, πραίτωρα οὐρβανὸν τὸ πρὶν προσαγορευόμενον.* »

[12] Joannes Lydus, *de magistratibus*, I, 34.

[13] Tite-Live, VI, 42. « ... Concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio; a plebe nobilitati de prætore uno qui ius in urbe diceret, ex patribus creando. » Le même, VII, 1. — Pomponius, Fr. 2, § 27, D., *de origine iuris* 1, 2. — Cf. ci-dessus, n° 35 *in fine*.

[14] Le titre *prætor urbanus* ne forme donc point, comme on dit quelquefois, antithèse au *prætor peregrinus*.

lius Philo fut le premier préteur plébéien [15]. — Le préteur ne jugeait que les contestations qui s'élevaient entre les citoyens romains. L'étranger qui avait des droits à défendre à Rome ne pouvait agir que par l'intermédiaire d'un patron, qu'il devait choisir parmi les citoyens [16]. Cet usage devint de plus en plus gênant à mesure que les relations avec les étrangers s'étendirent et se multiplièrent. Afin de remédier aux inconvénients qui en résultaient, on établit en 507 un préteur pour rendre la justice aux étrangers et décider leurs contestations avec les citoyens, *prætor peregrinus* [17].

Les conquêtes faites hors de l'Italie rendirent nécessaire la création de nouveaux magistrats afin d'organiser l'administration des pays conquis. Ce besoin se présenta d'abord pour la Sicile et la Sardaigne [18] : les magistrats que l'on élut à cet effet (537) reçurent le nom originaire des magistrats romains, *prætores*. Plus tard on en créa deux nouveaux pour les deux Espagnes [19]. — Bientôt les préteurs s'habituèrent à rester dans Rome pendant la durée de leurs fonctions et à ne se rendre qu'après l'année de leur magistrature dans les provinces, où ils fonctionnaient dès lors comme s'ils étaient encore revêtus du pouvoir prétorien, *pro prætore fungebantur* [20]. Cet usage fut particulièrement favorisé par l'institution des tribunaux permanents pour certains crimes, *quæstiones perpetuæ*, dont la présidence était ordinairement conférée à un préteur, qui, en cette qualité, portait le titre d'inquisiteur, *quæsitor*, *quæstor* [21]. Sulla et César portèrent le nombre des préteurs à dix [22], et sous l'empire nous en trouvons au delà de dix-huit.

Parmi tous ces magistrats, le sort décidait à qui appartiendraient les différents départements, *provinciæ* [23]. Le premier d'entre eux était toujours

[15] Tite-Live, VIII, 15

[16] *Voy.* ci-après, nº 75, note 12.

[17] *Qui inter cives et peregrinos ius dicit; qui inter peregrinos ius dicit.* Lex (Acilia) repetundarum, c. 6, lin. 12; c. 25, l. 89. – Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20, l. 24. – Tabula Heracleensis c. 3. 4, lin. 8. – Orelli, *inscr.*, 6428. – Incertus auctor, *de magistratibus*, p. 2. – Fr. 2, § 28, D., *de origine iuris* 1. 2. – Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 38. 45. Ἐπὶ δὲ τοῦ τρίτου καὶ ἑξηκοστοῦ καὶ διακοσιοστοῦ τῶν ὑπάτων ἔτους ἕτερος προεβλήθη πραίτωρ, ὥστε τοῖς ξένοις διαιτᾶν. Cf. Tite-Live, *epit.* XIX.

[18] Cic., *in Verrem*, II, 1, 16. – Tite-Live, *epit.* XX. XXVI, 40. XXVII, 5. XL, 8. – Fr. 2, § 32, D., *de origine juris* 1. 2.

[19] Tite-Live, XXIII, 30. XXXII, 27. XL, 44. – XLV, 16. – Incert. Auctor, *de magistr.*, p. 2. – Fr. 2, § 32, D., *de origine iuris* 1, 2.

[20] Tite-Live, XXIV, 10. XXVII, 36. XXIX, 13. XXX, 27. XXXIV, 55. —*Voy.* ci-après, § 38.

[21] Fr. 2, § 32, D., *de origine iuris* 1, 2. – Ciceron, *Brutus*, 27; *pro Murena*, 28; *pro Cluentio*, 55; *de finibus*, II, 16. – Tite-Live, XLV, 16. – Joannes Lydus, *de magistratibus populi romani*, I, 25. « Κυαίστωρ τοίνυν ὁ ζητητὴς ἀπὸ τοῦ *quærere*, οἷον ἐρευνᾷν. » — *Voy.* ci-après, nos 92. 94.

[22] Suétone, *César*, 41. – Dion Cassius, XLII, 51. – Fr. 2, § 32, D., *de origine iuris* 1, 2.

[23] Cic., *in Verrem*, I, 40. – Tite-Live, XXIII, 30. XXV, 3. XXVII, 36. XXX, 1 et *passim*. Cf. le

le *prætor urbanus*, dont les fonctions étaient considérées comme si importantes, qu'il ne lui était pas permis de s'absenter de Rome pendant plus de dix jours [24].

58. La censure, magistrature créée en 311 et d'abord exclusivement patricienne, fut, dès le commencement du cinquième siècle (402), accessible aux plébéiens [25]. Les censeurs, au nombre de deux, étaient élus d'abord par les curies, plus tard par les centuries, régulièrement tous les cinq ans (*lustrum*), pour un terme de dix-huit mois [26], et recevaient le pouvoir par une loi centuriate [27]. Ils avaient l'administration des domaines et des revenus de l'État, tenaient les rôles des contributions, et établissaient le cens qui servait de base à l'organisation des centuries [28]. Ces fonctions, qui d'abord avaient été exercées par les rois et les consuls, assuraient aux censeurs une autorité d'autant plus grande, qu'ils agissaient d'une manière tout à fait arbitraire dans le classement des contribuables [29]. Ils créaient et éliminaient les sénateurs et les chevaliers, et distribuaient les citoyens dans les différentes tribus, puis dans les classes et centuries. Bien plus, ils pouvaient même priver un citoyen de tous ses droits politiques, en le reléguant parmi les *ærarii* ou en le portant sur les tables des *Cærites* [30].

MÊME, XXIV, 9. « Comitiis prætorum perfectis, senatusconsultum factum est, ut A. Fulvio *extra ordinem* urbana provincia esset; isque potissimus, consulibus ad bellum præfectis, Urbi præesset. » — Il est cependant à remarquer que le terme URBANA PROVINCIA embrasse aussi la charge du *prætor peregrinus*, dont la résidence était également à Rome (TITE-LIVE, XXXV, 42. XLII, 28. XLIII, 11. XLIV, 17. XLV, 44), bien qu'on l'appelle habituellement *provincia peregrina*. AULU-GELLE, X, 6. — TITE-LIVE, XXIII, 30. XXIV, 44. XXV, 3 et *passim*. — Parfois il arrive que le même personnage réunisse la *provincia urbana* et la *provincia peregrina*. TITE-LIVE, XXV, 3. XXXVII, 50. 51.

24 FESTUS, v. « *Maiorem consulem*.... prætorem autem maiorem urbanum, minores ceteros. » — CIC., *Philipp.*, II, 13; *ad familiares*, XI, 3. — PLUTARQUE, *Brutus*, 7.

25 TITE-LIVE, IV, 8. VII, 22. VIII, 12. X, 8. *epit.* XIII. — ZONARAS, VII, 19. Cf. ci-dessus, page .

26 CIC., *de legibus*, III, 3. — TITE-LIVE, IV, 21. IX, 33 « circumactis octodecim mensibus, quod Æmilia lege finitum spatium temporis erat. » — ZONARAS, VII, 19. — Cette réduction de la durée du pouvoir des censeurs fut introduite en 321 par une loi du dictateur Mamercus Æmilius qui, à cause de cette réforme, dut subir la vengeance des censeurs de l'année. TITE-LIVE, IV, 28, et ci-après, note 30.

27 CIC., *in Rullum*, II, 11. « .... Centuriata lex censoribus....., curiata ceteris patriciis magistratibus... »

28 CIC., *de legibus*, III, 3. — DENYS D'HAL., IV, 15. V, 75. — TITE-LIVE, XXVII, 11. XL, 46. 51. XLIII, 14. — AULU-GELLE, IV, 3. 20. — PLINE, *H. N.*, XVIII, 3.

29 VARRON, *de l. l.*, IV, 14. « Censor, ad cuius censionem, id est *arbitrium*, censeretur populus. » — TITE-LIVE, IV, 8. — Leur arbitraire n'était limité que par la nécessité de l'accord entre les deux censeurs. CIC., *pro Cluentio*, 43; *de oratore*, II, 64. 66. — TITE-LIVE, XL, 46. 51. XLII, 10. XLV, 15.

30 CIC., *pro Cluentio*, 43. — Ps. ASCONIUS, *in Cic. div.*, 3. p. 103, Orelli. « Hi prorsus cives sic notabant, ut qui senator esset, eiiceretur senatu; qui eques romanus, equum publicum perderet; qui plebeius, in tabulas Cæritum referretur et ærarius fieret, ac per hoc non in albo esset centuriæ suæ,

Leur pouvoir était illimité, comme celui de tout autre magistrat dans le cercle de ses attributions. Aussi, chaque censeur avait le droit d'annuler ce que son prédécesseur avait fait [31]. L'appréciation des faits qui pouvaient motiver une dégradation civique était abandonnée à la conscience du magistrat. L'usage finit cependant par établir des règles plus certaines, qui tendaient surtout à maintenir la pureté des mœurs. C'est ainsi que les censeurs devinrent les juges de la moralité de chaque citoyen, et en cette qualité ils jouissaient d'un respect plus grand que les consuls eux-mêmes, quoique leur pouvoir n'allât jamais jusqu'au droit d'intercéder contre eux [32].

59. Les édiles curules, au nombre de deux, élus d'abord par les curies, ensuite dans les comices des tribus, sous la présidence d'un consul ou préteur [33]. Cette magistrature fut créée en même temps que la préture urbaine, et n'était d'abord accessible qu'aux patriciens [34]. Ces édiles étaient chargés de fonctions qui, d'après nos idées, sont du domaine de la police. Ils organisaient les grands jeux, surveillaient les greniers et magasins de la république, les édifices publics, les rues et les marchés, ainsi que les opérations de vente et d'achat qui s'y faisaient [35]. Sous ce dernier rapport, ils exerçaient même une juridiction particulière [36]. En outre, ils remplissaient les fonctions d'accusateur public dans les causes

sed ad hoc esset civis tantum, ut pro capite suo tributi nomine æra penderet. » Il ne faut pas perdre de vue que l'imposition des *ærarii* était tout à fait arbitraire. Ainsi en 321 les censeurs, tout en reléguant le patricien Mamercus parmi les *ærarii*, lui imposent « octuplicatum censum. » Tite-Live, IV, 24. — Voy. encore Cic., *de rep.*, IV, 10. — Tite-Live, XXIV, 18. XXVII, 11. XXIX, 37. XL, 51. XLII, 10. XLIV, 16. XLV, 15. — Aulu-Gelle, IV, 12. XVI, 13. — Ps. Asconius, *in Cic., divin.*, 3, p. 103 Orelli. — Zonaras, VII, 19.

[31] Cic., *pro Cluentio*, 24. — Ps. Asconius, à la note précédente.

[32] Cic., *de legibus*, III, 3. — Tite-Live, IV, 8. « Hic annus (312) censuræ initium fuit, *rei a parva origine ortæ;* quæ deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinæque romanæ penes eam regimen, senatus, equitumque centuriæ, decoris dedecorisque discrimen sub ditione eius magistratus, publicorum ius privatorumque locorum, vectigalia populi romani sub nutu atque arbitrio essent. » — Tacite, *Ann.*, III, 28; *Hist.*, III, 9. — Plutarque, *Coriolan*, 1; *Caton l'Ancien*, 16; *Paul Émile*, 38. — Valère-Maxime, IV, 1. 3. — Ps. Asconius, cité à la note 30.

[33] Tite-Live, VI, 42. VII, 1, et ci-dessus, page 98, note 17.

[34] D'après Tite-Live, VI, 42, le sénat avait, après l'adoption des rogations de Licinius, décrété de grands jeux en l'honneur des dieux. Les édiles plébéiens refusèrent d'organiser ces jeux; par suite de ce refus « conclamatum est a patriciis juvenibus, se id honoris Deûm immortalium causa libenter acturos, ut ædiles fierent. Quibus cum ab universis gratiæ actæ essent, factum senatusconsultum, ut duo viros ædiles ex Patribus dictator populum rogaret. » *Voy.* le même, VII, 1, et Pomponius, Fr. 2, § 21, D., *de origine iuris* 1. 2.

[35] Varron, *de l. l.*, V, 81 (IV, 14 Gothofr. — p. 24 Bipont.). « Ædilis qui ædes sacras et privatas procuraret. » — Cic., *de legibus*, III, 3. « Suntoque ædiles, curatores urbis, annonæ, ludorumque solemnium. » — Le même, *in Verrem*, II, 5, 14. — Tite-Live, VI, 42. X, 11. — Denys d'Hal., VI, 90. X, 42. — Tabula Heracleensis, c. 4, lin. 68 sqq. — Festus, v. *Ædilis*. Fr. 2, § 21, D., *de orig. iuris* 1, 2. — Titt., D. *de Ædilitio edicto* 21, 1; *de via publica* 43, 10. — § 1, I, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 4. 9.

[36] Pomponius, Fr. 2, § 34, D., *de origine iuris* 1, 2, et ci-après, t. II, § 212, note 2.

capitales portées devant le *comitiatus maximus* et dans les poursuites moins graves soumises aux comices des tribus qu'ils présidaient le cas échéant [37]. Longtemps avant que l'édilité curule fût établie, les plébéiens avaient déjà eu leurs deux édiles, qui étaient les lieutenants des tribuns, et remplissaient, à l'égard de la plèbe, les mêmes fonctions qui furent plus tard confiées aux autres édiles [38]. Par la suite, ces deux classes d'édiles se confondirent, nous ne savons trop quand ni comment. Cependant, les édiles plébéiens ne furent jamais élevés à la dignité de *magistratus populi* et les édiles curules conservèrent toujours un rang plus élevé [39]. A ces quatre magistrats, César ajouta deux nouveaux édiles, spécialement chargés des approvisionnements et appelés pour ce motif *cereales* [40].

60. On appelait questeurs les magistrats chargés de la garde du trésor public [41]. Ce soin incombait originairement aux rois et aux consuls, qui le confiaient, sous leur responsabilité, à des personnes de leur choix [42]. L'extension que prirent les affaires publiques et l'importance de la charge engagèrent la république à en faire une magistrature indépendante [43], qui servait de préparation aux autres magistratures plus importantes et dont les titulaires étaient élus, d'abord par les centuries, plus tard par les tribus sous la présidence d'un magistrat sénatorial [44]. Dans le principe, il n'y eut que deux questeurs; le nombre fut doublé en 335, quand les plébéiens furent admis à ces fonctions [45]. Après la conquête de l'Italie, on créa quatre nouveaux questeurs pour l'administration de ce pays. Sylla en porta le nombre à vingt, et César à quarante [46]. Deux

[37] Cic., *in Verrem*, I, 12 « Hoc mihi sumo, hoc mihi deposco, quod agam in magistratu, quod agam ex loco, ex quo populus romanus ex Kal. Januar. *secum agere de re publica ac de hominibus improbis voluit : hoc munus ædilitatis meæ*... polliceor. » Cf. ci-après, nº 91.

[38] Tite-Live, III, 55.—Denys d'Hal., VI, 90.—Aulu-Gelle, XVIII, 21.—Dion Cassius, LIV, 36. — Zonaras, VII, 15. — Fr. 2, § 21, D., *de origine iuris* 1, 2. Cf. ci-dessus, nº 27 *in fine*.

[39] Cic., *in Verrem*, II, 5. 14.— Plutarque, *Marius*, 5.

[40] Suétone, *César*, 41. — Dion Cassius, LIII, 51. — Fr. 2, § 32, D., *de origine iuris*, 1. 2.

[41] Varron, *de lingua latina*, V, 81 (IV, 14 Gothofr. — p. 24 Bipont.) « *Quæstores* a quærendo, qui conquirerent publicas pecunias...... » — Incertus auctor, *de magistr. et sacerdot.*, p. 1. « Quæstores qui ærario præfecti erant et sumtibus publicis. » — Lydus, *de magistratibus*, I, 27, les appelle *classici*, ce qui paraît se rapporter aux classes du cens (ci-après, § 97, note 5), bien que l'auteur lui-même traduise le mot par ναυάρχαι.

[42] Tacite, *Ann.*, XI, 22. Il est impossible d'admettre avec Junius Gracchanus, cité par Ulpien, Fr. 1, princ., D., *de officio quæstoris* 1, 13, que dans l'époque royale il y eut des questeurs du trésor, élus par le peuple. Abstraction faite de la confusion qui règne dans ce passage, il est certain que l'*imperium* du roi, un et indivisible, n'admettait point pareil contrôle. Cf. ci-dessus, nº 7.

[43] Tite-Live, IV, 4. — Plutarque, *Publicola*, 12; *quæst. rom.*, 42. — Pomponius, Fr. 2, § 22, D., *de orig. iuris*, 1. 2. — Ps. Asconius, *in Cic. divin. in Cæcil.*, 10. p. 115, 11, Orelli. — Lydus, *de magistratibus*, I, 25. 26. 27. — Zonaras, VII, 13.

[44] *Voy.* ci-dessus, page 98, note 17.

[45] Polybe, VI, 39. — Tite-Live, IV, 43. 54. — Tacite, *Annales*, XI, 22.

[46] Tite-Live, *epit.* XV. — Tacite, *Ann.*, XI, 22. — Suétone, *César*, 41. — Dion Cassius, XLIII, 47. 51. — Lydus, *de magistratibus*, I, 27.

seulement de ces questeurs restaient à Rome; les autres administraient es finances dans les provinces, où ils remplissaient en outre les fonctions dont les édiles étaient chargés à Rome [47].

On soutient assez communément que les intendants du trésor dont nous venons de parler étaient également investis des fonctions d'accusateur public, en les confondant avec les *quæstores* ou *duoviri perduellionis* et *parricidii;* d'autres auteurs modernes considèrent ces derniers comme constituant une magistrature séparée, mais également ordinaire. Nous avons fait observer ci-dessus, quand nous traitions de l'administration de la justice criminelle sous les rois [48], que l'institution de ces duumvirs ou inquisiteurs criminels est une des énigmes les plus embarrassantes du droit public de Rome. Si nous tenons compte des faits plutôt que des affirmations contradictoires des anciens, nous arrivons à la conclusion qu'il n'y avait point d'inquisiteurs permanents [49], mais que dans les premiers temps, quand il se commettait un attentat qui paraissait appeler la vindicte publique, le peuple chargeait deux citoyens de la poursuite, avec pouvoir d'instruire la cause ou même de la juger, sauf naturellement toujours l'appel aux comices, *provocatio ad populum*. Cette procédure continua de subsister sous la république, mais elle devint d'un usage moins fréquent par suite du zèle que montrèrent les tribuns et les édiles à déférer au peuple les moindres méfaits qui pouvaient intéresser la chose publique [50]. Cependant nous trouvons encore, dans les tout derniers temps de la république, une poursuite criminelle, instruite et jugée par des *duoviri perduellionis* [51].—Le titre de *quæstor* était également donné aux commissaires qui, dans diverses occasions, étaient chargés par le sénat ou par le peuple de l'instruction ou même du jugement de crimes extraordinaires [52]. — Enfin, après l'institution des tribunaux permanents,

[47] Gaius, I, 6.

[48] *Voy.* ci-dessus, page 55, notes 7-11, et page 20, note 39.

[49] Nulle part cette permanence n'est affirmée; nulle part, à moins qu'on ne confonde les questeurs du trésor avec les inquisiteurs criminels, ces derniers ne sont mentionnés comme magistrats ordinaires. Le seul fait qui puisse être invoqué avec quelque apparence se trouve chez Tite-Live, III, 25, où il est question de *novi quæstores*. Mais il n'est aucunement nécessaire d'entendre par là des questeurs régulièrement élus après l'expiration de l'année de leurs prédécesseurs; on peut parfaitement admettre qu'il s'agit d'inquisiteurs nouveaux, élus en remplacement d'autres commissaires qui avaient accompli leur mandat. Le récit de Tite-Live se rapporte au reste à un événement (les démêlés de L. Quinctius Kæso, fils de Cincinnatus, avec la plèbe) où les irrégularités abondent. Dans tous les cas, il n'est pas sans intérêt de constater que les premiers inquisiteurs que nous rencontrions, ceux du procès d'Horace, étaient bien certainement nommés pour le cas spécial qu'ils eurent à juger et qu'il en est de même des derniers que l'histoire mentionne, les juges de Rabirius. Cf. ci-après, note 51.

[50] *Voy.* ci-après, nos 91. 92.

[51] Ce fut la poursuite dirigée contre Rabirius Postumus, dont nous parlerons ci-après, au no 92.

[52] *Voy.* ci-après, no 91.

quæstiones perpetuæ, le magistrat président, qui était ordinairement un préteur, portait également le nom de *quæstor*, *quæsitor* [53].

Des magistrats extraordinaires.

61. Les magistratures extraordinaires sont nombreuses à Rome. La plus ancienne est celle de l'*interrex*, qui remonte à la première vacance du trône. Ensuite apparaissent les *quæstores perduellionis* et *parricidii*, le dictateur avec son *magister equitum*, le *præfectus urbis* qui remplace les consuls absents, les *decemviri legibus scribundis*, les *tribuni militum consulari potestate*. Enfin, nous trouvons de nombreuses commissions, chargées de l'exécution de certaines lois ou de mesures judiciaires et administratives. Ayant déjà eu l'occasion de parler de la plupart de ces fonctions[1], nous n'avons guère plus à nous occuper ici que de l'*interrex*, du dictateur et des diverses commissions que nous avons mentionnées en dernier lieu.

Originairement on appelait *interrex* le sénateur qui, pendant la vacance du trône, exerçait le pouvoir royal [2]. Le nom fut conservé pour désigner celui qui exerçait le pouvoir consulaire quand il n'y avait pas de consuls. Son autorité ne durait que cinq jours; passé ce délai, il devait être remplacé par un autre sénateur. Sa principale charge était de présider les comices pour l'élection des nouveaux consuls. Cette dignité demeura toujours réservée aux patriciens [3].

62. La dictature, institution d'origine latine, fut introduite à Rome en 253, à un moment où la jeune république, menacée par des ennemis nombreux et puissants [4], jugea nécessaire de concentrer momentanément toutes les forces de la nation dans les mains d'un seul, afin d'imprimer une plus grande énergie à la conduite de la guerre, *dictator rei gerendæ*

[53] *Voy.* ci-dessus, note 21, et ci-après, n°s 93. 94.

[1] *Voy.*, pour les *quæstores perduellionis* et *parricidii*, ci-dessus, n°s 17. 20 et 60; pour le *præfectus urbis*, n°s 5 et 57; pour les *decemviri legibus scribundis*, n° 29; pour les *tribuni militum consulari potestate*, n° 35.

[2] *Voy.* ci-dessus, page 32, note 26.

[3] Cic., *de legibus*, III, 3; *pro domo*, 14. — Tite-Live, III, 40. IV, 7, 43. V, 17. 31. 52. VI, 1. 5. 41. VII, 17. 21. VIII, 3. 17. 23. XXII, 33. — Denys d'Hal., VIII, 90. XI, 20. — Appien, *de bellis civ.*, I, 98. — Plutarque, *Marcellus*, 6. — Asconius, *in Mil. arg.* et c. 5, p. 32, 14. 43, 17. Orelli, et *Scholia Bobiens.*, c. 5, p. 28 Orelli. — Dion Cassius, XXXIX, 27. 31. XL, 45. 49. XLVI, 45.

[4] T. Lartius fut nommé dictateur peu de temps après l'expulsion des Tarquins, au commencement de la guerre suscitée par la puissante confédération latine. Cic., *de rep.*, II, 3. — Tite-Live, II, 18. — Denys d'Halic., V, 71 sqq. Tite-Live, *l. l.*, donne à entendre que d'après d'autres renseignements, M' Valerius aurait été, le premier, élevé à cette dignité; mais il est probable que l'auteur a mal interprété un fait qui nous est peut-être plus exactement rapporté par Festus, d'après lequel M' Valerius a été, non pas le premier dictateur en général, mais le premier dictateur créé par le peuple, *a populo creatus*. Cf. ci-après, notes 19 et 20.

ou *belli gerendi causa* [5]. L'on ne tarda pas à avoir recours au même moyen pour combattre les mouvements populaires, *seditionis sedandæ causa* [5], et dans d'autres occasions où les pouvoirs réguliers se trouvaient empêchés d'agir instantanément [6]. Le dictateur, qui dans l'ancien langage portait le nom de *magister populi* [7], était nommé, en vertu d'un sénatus-consulte, par l'un des consuls [8], et recevait l'*imperium* par une loi curiate [9]. Il était assisté d'un *magister equitum* qu'il choisissait lui-même [10]. Comme il était seul, sans collègue [11], son pouvoir était naturellement, de droit et de fait, plus grand et plus étendu que celui des autres magistrats [12] : pendant sa gestion, qui, au reste, ne pouvait excéder le terme de six mois [13], ceux-ci, à l'exception toutefois des tribuns, cessaient leurs fonctions ou ne les exerçaient plus que sous ses ordres [14]. D'après les témoignages très-explicites de plusieurs auteurs anciens, il n'y aurait pas eu d'appel de ses décisions [15]. Cette proposition ne peut être acceptée d'une manière absolue. D'abord il paraît constitutionnellement impossible qu'un magistrat, nommé sans le concours de la nation, ait eu un pouvoir destructif de la précieuse garantie créée par les grands comices. Ensuite, dans son traité *de republica*, Cicéron, loin d'attribuer au dictateur cette puissance exorbitante, la lui refuse implicitement d'une manière très-nette [16]. Enfin dans la première moitié du cinquième siècle, en 427, nous trouvons un cas d'appel, interjeté à l'occasion de l'arrêt de mort que le dictateur L. Pa-

5 Cf. ci-dessus, page 17, note 8.

6 *Voy.* ci-après, note 23.

7 Varron, *de l. l.*, V, 82. VI, 7 (IV, 14. V, 2. Gothofr. – p. 24 *in f.* 53 Bipont.). – Cic., *de republica*, I, 40. – Festus, ci-après, note 19.

8 Tite-Live, II, 18. IV, 26. 31. 57. VI, 2. 28. VII, 12. 19. 21. VIII, 12. 15. 17. IX, 7. 29. X, 11. XXII, 8. 57 et *passim*. – Denys d'Hal., V, 70. – Plutarque, *Marcellus*, 24.

9 Tite-Live, IX, 38. 39.

10 Polybe, III, 87. – Varron, *de l. l.*, V, 82 (IV, 14 Gothofr. – p. 24 *in f.* Bipont.). – Cic., *de legibus*, III, 3; *ad Atticum*, IX, 15. – Tite-Live, II, 18. IV, 31. 57. VI, 11 *in f.* 12 *in f.* – Denys d'Hal., V, 75 et *passim*.

11 C'est ce qui le fait comparer aux rois. Cic., *de republica*, II, 32. – Denys d'Hal., V, 70. 73. – Appien, *de bellis civ.*, I, 99. – Zonaras, VII, 13.

12 Polybe, III, 87. – Tite-Live, II, 18. III, 36. VI, 38. VII, 3. – Denys d'Hal., V, 76. VII, 56. – Appien, *de bellis civ.*, II, 23. – Zonaras, VII, 13 et *passim*.

13 Cic., *de legibus*, III, 3. – Tite-Live, III, 29. IX, 34. XXIII, 23.

14 Polybe, III, 87. – Varron, *de l. l.*, V, 82 (IV, 14 *in f.* Gothofr. – p. 24 *in f.* Bipont.). – Cic., *de legibus*, III, 3. – Tite-Live, II, 18. 30. 32. III, 29. VI, 26. 38. VII, 3. 21. IX, 34. XXII, 11. 31. XXIII, 22. – Denys d'Hal., V, 70. X, 25. – Plutarque, *Camille*, 32; *Fabius*, 9. – Festus, vv. *Maximum prætorem. Optima lex.* – Joannes Lydus, *de magistratibus*, I, 36. 37. 38.

15 Tite-Live, II, 18. III, 20. IV, 13. – Denys d'Hal., V, 70. – Pomponius, Fr. 2, § 18, D., *de origine iuris* 1, 2. – Zonaras, VII. 13.

16 En traitant *ex officio* de l'appel au peuple, Cicéron, *de republica*, II, 31, dit très-formellement qu'en dehors des *x viri legibus scribundis*, il n'y eut jamais de magistrats *sine provocatione.* Quelques lignes plus loin, c. 32, en parlant *ex professo* du dictateur, il ne fait aucune mention du privilége dont il s'agit. Enfin, quelques pages plus loin, c. 36, en s'occupant des décemvirs, il a grand soin de répéter qu'ils ont été créés *sine provocatione.*

pirius Cursor avait prononcé contre Q. Fabius Maximus Rullianus, son *magister equitum* [17]. En présence de ces faits et de la résistance des tribuns qui se manifeste plus d'une fois [18], nous pensons qu'il y a lieu d'accueillir un renseignement de Festus [19], d'après lequel le dictateur n'était point, en thèse générale, au-dessus de l'appel au peuple, mais que ce privilége pouvait lui être accordé par un vote exprès des comices, naturellement du *comitiatus maximus* [20]. Quoi qu'il en soit, nous voyons que d'une part les oligarques et le dictateur lui-même revendiquent constamment pour lui le pouvoir absolu et que, d'autre part, ces prétentions sont combattues par les magistrats de la plèbe [21]. Cette résistance des tribuns, souvent victorieuse, dut à la longue affaiblir l'autorité dictatoriale. Après Hortensius (468) nous ne trouvons plus de dictateur créé *seditionis sedandæ*

[17] Tite-Live, VIII, 30-35. Comme la plupart des auteurs modernes invoquent ce fait pour soutenir que l'appel au peuple n'était point admis, nous croyons utile de donner une analyse rapide du récit de Tite-Live : Pour échapper à une mort déshonorante, Fabius se sauve à Rome, où son père implore le sénat. Le dictateur accourt également à Rome, se montre inexorable et ordonne de saisir le rebelle. Alors le père s'adresse aux tribuns et déclare faire un appel au peuple : « Tribunos plebis adpello et provoco ad populum, eumque tibi iudicem fero, qui certe unus plus « quam tua dictatura potest polletque. Videro cessurusne provocationi sis, cui Rex romanus Tullus « Hostilius cessit. » Puis l'historien continue : « Ex curia in contionem itur », et le dictateur, furieux du grand nombre de citoyens considérables qui assistent et entourent l'appelant, ordonne de le faire conduire *de rostris in partem inferiorem*. Ce fait nous permet certes de prendre le mot *contio* comme synonyme de *comitia* ou tout au moins d'admettre qu'il s'agit d'une *contio* éminemment officielle. Que se passe-t-il maintenant ? Le dictateur oppose-t-il à la *provocatio* une fin de non-recevoir, en invoquant son privilége *de non appellando ?* En aucune façon : les parties plaident avec une violence extrême et le dictateur finit par révoquer son arrêt. Il est vrai qu'il le fait avec hauteur, déclarant qu'il peut le faire puisque force est restée à la discipline : « vicit disciplina militaris, militaris vicit imperii maiestas ; » mais ce sont là évidemment des phrases qui n'ont d'autre but que de sauver les dehors, comme, dans une autre occasion, le dictateur Camille, voyant qu'il doit céder devant les tribuns, préfère abdiquer, en prenant pour prétexte qu'il avait été nommé d'une manière irrégulière, *vitio creatus,* ce qui ne l'avait pas empêché d'agir avec une hauteur extrême tant qu'il avait cru pouvoir le faire. — Quoi qu'il en soit, le fait dont nous venons de parler nous donne l'exemple d'un appel dirigé contre un acte militaire du dictateur, appel reçu et discuté devant le peuple et aboutissant au retrait de l'acte dictatorial.

[18] *Voy.* ci-après, note 21.

[19] Festus, v. « *Optima lex....* in magistro populi faciendo, qui vulgo dictator appellatur, quam plenissimum posset ius eius esse, significabatur : ut fuit Manii Valerii, M. F. Volusinæ gentis, qui primus magister a populo creatus est, propter quam vero provocatio ab eo magistratu ad populum data est, quæ antea non erat, desitum est adiici : *ut optima lege,* utpote imminuto iure priore magistratuum. » — Le même, v. « *Ut qui optima* lege fuerint » adiici solet, cum quidam magistratus creantur. »

[20] Ni Tite-Live, II, 18, ni Denys d'Hal., VI, 39-42 ne disent, à la vérité, que M' Valerius dont il est question dans le passage de Festus, transcrit à la note précédente, ait reçu le pouvoir absolu par une loi des centuries ; mais la chose est rendue au moins très-probable par leur récit. — Lors de l'invasion des Gaulois, Camille fut, suivant Tite-Live, V, 46, créé dictateur *iussu populi.* Malheureusement l'auteur parle d'un décret des curies qui, à cette époque, n'avaient plus à faire des élections, ni ne pouvaient déroger à la loi *Valeria de provocatione.* — Enfin Zonaras, VIII, 25, nous dit, qu'après la bataille du Trasimène, les Romains nommèrent un dictateur ἐν ἐκκλησίᾳ.

[21] Cic., *de officiis,* III, 31. — Tite-Live, VI, 38. VII, 3. 4. 22. VIII, 33. 34. X, 26. — Plutarque, *Camille,* 39 ; *Fabius,* 9. — Valère-Maxime, V, 3. 2.

causa [22]; l'on n'en choisit guère plus que pour remplir des fonctions peu importantes [23]; et depuis le milieu du sixième siècle jusqu'à Sylla, il n'en est plus question [24]. Quand la patrie était en danger, le sénat autorisait les consuls et même tous les autres magistrats [25] à prendre les mesures qu'ils jugeraient nécessaires pour le salut commun : *videant ne quid respublica detrimenti capiat* [26]. Cependant Sulla et César se firent conférer le titre de *dictator perpetuus* [27]. Peu de jours après la mort de ce dernier, la dictature fut, par une loi de Marc Antoine, abolie à jamais [28] pour renaître bientôt plus puissante, mais sous un autre nom, entre les mains de l'empereur Auguste.

63. Il nous reste à mentionner les magistrats, nommés extraordinairement à l'effet de remplir certaines missions temporaires, ayant pour but

[22] Les dernières dictatures *belli gerendi causa* sont de 504 et de 537. TITE-LIVE, *epit.* XIX; XXII, 8. 11.

[23] Le premier exemple d'un dictateur ayant une mission autre que *belli gerendi* ou *seditionis sedandæ* est celui de L. Manlius, nommé, d'après TITE-LIVE, VII, 3, en 391, pour enfoncer un clou dans le temple de Jupiter à l'occasion d'une grande peste, *clavi figendi causa.* (*Voy.*, sur l'usage d'enfoncer un clou, *clavum figere* ou *pangere* : CIC., *ad Atticum*, V, 15, 1. – TITE-LIVE, VII, 3. VIII, 18 *in f.* IX, 28. 34. – PÉTRONE, 135. – FESTUS, v. *Clavus annalis*). Les *Fasti consulares* mentionnent encore, outre le fait cité, les nominations suivantes : *clavi figendi causa,* deux fois, en 422 et 491 ; *comitiorum habendorum causa,* vingt et une fois entre 402 et 551 ; *feriarum latinarum causa,* deux fois, en 409 et 496; *ludorum romanorum causa,* deux fois, en 431 et 545 ; *interregni causa,* en 536, ce dernier cas douteux. Nous trouvons en outre des dictateurs créés *quæstionibus exercendis,* en 440, et *senatui legando,* en 536. TITE-LIVE, IX, 26. 34. XXIII, 22. Cf. XXVIII, 10. XXX, 24. Dans ce dernier passage, nous apprenons qu'en 549, un dictateur fut nommé uniquement pour remettre à un consul en campagne une lettre par laquelle le sénat le rappelait en Italie. Il est vrai que le même dictateur, en revenant de sa mission, employa le temps qui lui restait de sa magistrature à exercer des poursuites contre des villes infidèles.

[24] Le dernier dictateur avant Sulla fut C. Servilius Geminus, créé, en 551, *comitiorum habendorum causa.* TITE-LIVE, XXX, 39.

[25] SALLUSTE, *fragm. hist.* Oratio contra Lepidum, in f., p. 254, ed. Bipont. « ... ut Appius Claudius interrex cum Q. Catulo proconsule et ceteris, quibus imperium est, urbi præsidio sint operamque dent, ne quid respublica detrimenti capiat. » – CIC., *pro Rabirio, perd. reo*, 7. – CÉSAR, *de bello civili*, I, 5. « .... Consules, prætores, tribuni plebis, quique consulares sunt ad urbem... »

[26] SALLUSTE, *Catilina*, 29. « Itaque, quod plerumque in atroci negotio solet, senatus decrevit, darent operam consules ne quid respublica detrimenti caperet. Ea potestas per senatum more romano magistratui maxima permittitur, exercitum parare, bellum gerere, coercere omnibus modis socios atque cives, domi militiæque summum imperium ac iudicium summum habere. Aliter sine populi iussu nullius earum consuli ius est. » — C'est en 290, à l'occasion d'une guerre extérieure que cette mesure extrême fut décrétée pour la première fois (TITE-LIVE, III, 4); plus tard, contre Manlius Capitolinus et C. Gracchus. TITE-LIVE, VI, 19. – PLUTARQUE, *C. Gracchus*, 14 «... σώζειν τὴν πόλιν, ὅπως δύναιντο... » — Après la disparition de la dictature, l'on y eut recours plus souvent. SALLUSTE, *Catilina*, 29. – CIC., *in Catilinam*, I, 2; *pro Milone*, 26; *pro Rabirio, perd. reo*, 7. – CÉSAR, *de bello civili*, I, 5. 7. – TITE-LIVE, *epit.* CIX. – PLUTARQUE, *Cicéron*, 15. – DION CASSIUS, XXXV, 31 et *passim.*

[27] CIC., *pro Milone*, 26 ; *pro Rabirio*, 7. – APPIEN, *de bellis civ.*, I, 98-100. II, 106. – DION CASSIUS, XLI, 36. – ZONARAS, X, 12.

[28] CIC., *Philipp.*, I, 1. V, 4. – TITE-LIVE, *epitome* CXVI. – DION CASSIUS, XLV, 51. – ZONARAS, X, 12.

l'exécution d'une loi ou de mesures judiciaires et administratives[29]. Parmi les magistratures appartenant à la première catégorie, nous remarquons surtout les commissions chargées de la fondation d'une colonie, du mesurage et de la distribution de terres, etc., qui étaient habituellement composées d'un certain nombre de membres, variant de trois à vingt[30], *tres viri etc. coloniæ deducendæ, agro dando dividendo, agris dandis assignandis, agro metiendo*[31]. Nous aurons à parler ci-après des commissaires nommés par le peuple ou par le sénat à l'effet d'instruire ou même de juger des poursuites criminelles[32]. Parmi les commissions nommées pour exécuter des mesures administratives, nous trouvons des *præfecti annonæ*[33]; des *V viri* et *III viri mensarii*, chargés de soulager les débiteurs malheureux au moyen d'une banque publique, *mensa publica*[34]; d'autres commissaires dont les noms indiquent suffisamment les fonctions : *II viri navales, II viri III viri V viri ædibus dedicandis faciendis reficiendis, III viri sacris conquirendis donisque persignandis, etc.*[35]. Habituellement ces commissaires extraordinaires étaient élus dans les comices tributes, sous la présidence d'un consul, d'un prêteur ou d'un tribun[36], et toujours choisis parmi les hommes les plus considérables[37]. Leurs pouvoirs variaient suivant la teneur des instructions tracées par la loi ou le sénatus-consulte qui les avait institués[38].

[29] *Cura, curatio;* de là *curatores*. Cic., *de legibus*, III, 4; *in Rullum*, II, 7. — Tite-Live, IV, 12. — Festus, v. *Curatores* dicuntur qui pupillis loco tutorum dantur, sive illi qui rei frumentariæ agrisve dividundis præpositi sunt? — Rigoureusement, le titre de *magistratus* n'appartient point aux commissaires nommés par le sénat.

[30] *III, V, VII, X viri*. La loi *Campana* de Jules César (ci-après, nº 86) créa *XX viri*. Cic., *ad Atticum*, II, 6. X, 11. — Suétone, *César; Octave*, 4. — *Liber coloniarum* dans les *Gromatici* de Lachmann, p. 231, 20 (104, 1, Goës.). — Dion Cassius, XXXVIII, 1.

[31] Cic., *in Rullum*, II, 7. 12; *Philipp.*, V, 7.—Tite-Live, III, 1. IV, 11. V, 24. VI, 21. IX, 30. XXIII, 21. XXV, 5. 7. XXVII, 21 (triumvir agrarius). XXXI, 4. XXXIV, 53 et *passim*. Cf. les passages cités à la note précédente, et ci-après, nº 103.

[32] *Voy.* ci-après, nº 90. Cf. ci-dessus, page 116, note 52.

[33] Tite-Live, IV, 12. *epit.* CIV. — Cic., *ad Atticum*, IV, 1. — Appien, *de bellis civ.*, II, 18. — Dion Cassius, XXXIX, 9. Cf. ci-après, nºs 80. 160. 219.

[34] Tite-Live, VII, 21. XXIII, 21. Cf. XXIV, 18. XXVI, 36.

[35] *A*) Tite-Live, IX, 30. XL, 18. 26. 42. XLI, 1. — *B*) Le même, II, 42. VII, 28. XXII, 33. XXV. 7. XXXIII, 21. XXXIV, 53. LX, 34 et *passim*. — *C*) Le même, XXV, 7. — *D*) En 540, un sénatus-consulte crée deux commissions de triumvirs pour rechercher les jeunes gens valides, propres au service militaire. Tite-Live, XXV, 5.

[36] Cic., *in Rullum*, II, 7. 8.—Tite-Live, IV, 11 sqq. VIII, 16. IX, 28. X, 21. XXV, 7. XXXII, 2. XXXIV, 53. XXXIX, 23 et *passim*. — Appien, *de bellis civ.*, I, 13. — Plutarque, *Ti. Gracchus*, 13. — Le tribun C. Servilius Rullus avait, dans sa rogation agraire, proposé de faire nommer les commissaires d'après le principe de la loi *Domitia* (ci-dessus, page 98, note 15), c'est-à-dire, par la moitié, moins une, des tribus, soit par dix-sept tribus. Cic., *in Rullum*, II, 7.

[37] Tite-Live, VII, 21. Cf. ci-après, nº 84.

[38] Parfois la loi ou le sénatus-consulte organique se rapportaient à des instructions données antérieurement dans des cas analogues. Tite-Live, XXXI, 12. « Senatui placeri quæstionem.... eodem exemplo habere quo M. Pomponius prætor triennio ante habuisset. » Cf. le même, XXIX, 20.

Des tribuns de la plèbe, des magistrats inférieurs, des employés et serviteurs des magistrats.

64. Originairement les tribuns de la plèbe n'étaient point magistrats du peuple romain, parce qu'ils n'avaient ni *imperium* ni administration et que leur pouvoir ne s'étendait pas sur toute la nation [1]. Leurs fonctions se bornèrent, dans le principe, à protéger leurs concitoyens contre des actes arbitraires [2]. Mais, à mesure que la puissance de la plèbe s'accrut, le pouvoir de ses représentants s'étendit, et depuis la loi *Hortensia* (468) [3], l'importance des fonctions tribunitiennes égale et dépasse même celle des autres magistratures [4]. Ils convoquent et président les assemblées législatives et judiciaires des tribus, ainsi que les assemblées électorales dans lesquelles on choisit les magistrats de la plèbe [5]. Grâce à l'initiative libre et illimitée dont ils jouissent, ils prennent ainsi la part la plus grande à l'exercice du pouvoir législatif, le mot pris dans le sens le plus étendu, comprenant toutes les mesures et résolutions qui concernent la chose publique [6]. Profitant habilement des lacunes que présente la législation criminelle, ils donnent satisfaction aux besoins sociaux, en faisant punir par l'assemblée des tribus les méfaits que la loi ne frappe pas d'une peine capitale et en portant même des accusations capitales devant le *comitiatus maximus* [7]. Ils interviennent également dans les affaires dont la gestion appartient au sénat. Déjà avant la loi des Douze Tables, ils avaient été admis aux séances de ce corps [8]; bientôt ils obtinrent le

[1] Cic., *de legibus*, III, 3. – Tite-Live, II, 33. 35. « ... auxilio, non pœnæ ius datum illi potestati; plebisque, non patrum tribunos esse... » – Le même, II, 36. 56. III, 9. VI, 37. « ... Non posse æquo iure agi, ubi imperium penes illos (consules), penes se (tribunos) auxilium tantum sit... » – Denys d'Hal., VI, 87. VII, 17. 52. IX, 46. – Aulu-Gelle, XIII, 12. XIV, 7. 8. – Appien, *de bellis civ.*, I, 1. – Plutarque, *quæst. rom.*, 81. – Zonaras, VII, 15.

[2] *Voy.* la note précédente. Cependant, déjà en 292, le hautain patricien Quinctius Kæso invoqua le secours des tribuns, et son exemple fut suivi en 305 par le décemvir Appius Claudius. Tite-Live, III, 13, 56. Nous avons vu, ci-dessus, page 119, note 17, Q. Fabius appeler les tribuns contre le dictateur Papirius (le même, VIII, 33). Plus tard les exemples abondent. Cf. ci-après, notes 13 et suivantes.

[3] *Voy.* ci-dessus, nos 45-47.

[4] Après la nouvelle organisation des centuries, dans laquelle les tribus formaient la base de la division, il n'y avait plus aucune raison de leur refuser la qualité de *magistratus populi.* Cic., *in Rullum*, II, 5. – Velleius Paterculus, II, 2.

[5] *Voy.* ci-dessus, no 46.

[6] *Voy.* ci-dessus, nos 45. 46, note 10.

[7] *Voy.* ci-dessus, no 46, notes 19-21, et ci-après, nos 90-91.

[8] Dans l'origine, ils n'étaient point admis dans le lieu des séances, suivant le témoignage de Valère-Maxime, II, 2. 7 et de Zonaras, VII, 15. Cet état de choses, s'il a jamais existé, n'a pas duré longtemps. Denys d'Hal., VII, 25. 39. 49. X, 2. – Tite-Live, IV, 1 *in f.* – Plutarque, *Coriolan*, 17.

droit de le convoquer et d'y faire des propositions [9], et fréquemment le sénat eut recours à leur ministère pour faire passer des mesures dont l'adoption aurait rencontré des difficultés sans leur appui [10]. L'action si variée des tribuns revêt un caractère d'énergie et d'efficacité tout particulier par l'inviolabilité dont la loi les couvre et par la grande étendue de leur droit d'intercession. L'inviolabilité les protége contre toute atteinte de quelque part qu'elle vienne [11]; mais c'est aller trop loin que de prétendre qu'ils n'auraient été en aucune façon responsables de leurs actes, même envers leurs commettants [12]. Le droit d'intercession appartient, à des degrés différents, à tous les magistrats [13]; mais aucun d'eux n'en jouit d'une manière aussi étendue que les tribuns de la plèbe. Il est vrai que, dans l'origine, l'intercession n'était guère, entre leurs mains, qu'une arme défensive à l'effet de protéger les particuliers, victimes de mesures arbitraires [14]; mais ils ne tardèrent pas à en user avec la plus grande latitude, opposant leur veto [15] à tout acte d'un magistrat quelconque [16] (y compris leurs collègues, les tribuns [17]) et même du

[9] Cic., *de oratore*, III, 1; *de legibus*, III, 4; *pro Sestio*, 11. 13. 32; *ad familiares*, I, 2. X, 16. 28. XI, 6; *Philipp.*, VII, 1. — Denys d'Hal., X, 31. 32. — Aulu-Gelle, XIV, 7. 8. — Zonaras, VII, 15 et *passim*.

[10] Polybe, VI, 16 (14). — Tite-Live, IV, 26, V, 9. XXXV, 7. XLII, 21 et *passim*. Cf. ci-dessus, page 97, notes 7-9.

[11] Cic., *de republica*, II, 33; *de legibus*, III, 3; *pro Tullio*, 47. 49. — Tite-Live, II, 33. 54. III, 55. XXV, 4. XXIX, 20. XLIII, 16. — Denys d'Hal., VI, 89. VII, 22. 50. X, 32. 42. — Festus, v. *Sacrosanctum*.

[12] Cette thèse a été soutenue surtout afin de pouvoir accuser Ti. Gracchus d'avoir violé la constitution romaine en faisant destituer son collègue Octavius (ci-après, note 17). Mais cette accusation est dénuée de tout fondement : la mesure à laquelle l'aîné des Gracques eut recours, après avoir épuisé tous les moyens de conciliation, était parfaitement légitime et conforme à la coutume, comme nous l'avons vu ci-dessus, page 105, note 12. Nous trouvons d'ailleurs plus d'un exemple de tribuns, poursuivis pendant et après leur magistrature, pour des faits de leur gestion ou pour d'autres faits. Tite-Live, V, 29. *epit.* XLVII. — Cic., *in Verrem*, II, 1. 60. — Valère-Maxime, VI, 1, 7. VI, 5, 4.

[13] Cf. ci-dessus, page 106, notes 13. 14.

[14] Cf. ci-dessus, notes 1 et 2.

[15] Le mot veto, qui est devenu pour nous le terme technique, ne se rencontre chez les anciens qu'une seule fois, chez Tite-Live, VI, 35. Il est vrai qu'il y est employé de manière à autoriser la terminologie moderne.

[16] Polybe, VI, 16 (14). — Cic., *de legibus*, III, 7; *pro Cluentio*, 27; *in Pisonem*, 5; *in Vatinium*, 14; *ad famil.*, VIII, 8. 13; *ad Atticum*, IV, 2. — Tite-Live, II, 43. 44. III, 11. 24. 25. IV, 1. 12. 25. 30. 43. 56. 60. V, 29. VI, 27. 35. VII, 17. X, 9. 37. XXV, 2. XXVII, 6. XXVIII, 45. XLIII, 16. *epit.* XLVIII. LV. — Denys d'Hal., IX, 1. X, 30. Aulu-Gelle, IV, 14. — Valère-Maxime, VI, 1, 7, 10. — Zonaras, VII, 15.

[17] Cic., *de legibus*, III, 10. — Tite-Live, II, 43. 44. III, 13. IV, 42. 48. V, 21. 25. VI, 35. IX, 34. X, 37. XXV, 3. XXXVIII, 52. 60. *epit.* LIX. — Pline, *H. N.*, VII, 43 (44). — Aulu-Gelle, VII, 19. — Appien, *de bellis civ.*, I, 23. — Zonaras, VII, 15. Cf. ci-dessus, page 85, note 17. Cette faculté, accordée aux tribuns, d'intercéder contre leurs collègues fournissait au sénat un moyen souvent facile d'empêcher des réformes proposées, puisqu'il suffisait de corrompre un seul tribun pour rendre impossible toute délibération des tribus. Tiberius Grac-

sénat [18], qui leur paraissait contraire aux droits ou aux intérêts du peuple, sans reculer devant la puissance des consuls, des censeurs, du dictateur, employant même contre ces hauts magistrats les moyens de coercition les plus violents [19]. L'intercession tribunitienne, considérée comme la sauvegarde de la liberté romaine, constituait, au reste, autant un devoir qu'un droit, à tel point qu'il n'était pas permis à un tribun de passer la nuit hors de Rome [20]. Ayant ainsi, d'une part, la faculté de provoquer toute mesure qu'ils jugent utile, d'autre part, le droit de s'opposer à tout acte qui leur paraît inopportun, les tribuns se trouvent, vers la fin de la république, être les magistrats les plus puissants de Rome, bien que leur pouvoir soit limité à la ville et à la banlieue [21]. Sylla retreignit considérablement leurs priviléges, en les réduisant, à ce qu'il paraît, à la simple intercession en faveur des particuliers [22]; mais Pompée les rétablit [23].

L'élection de ces magistrats dont le nombre, vers le milieu du quatrième siècle, fut porté à dix [24], se fait, depuis le plébiscite de Publilius Volero, par les tribus, sous la présidence d'un tribun désigné par le sort [25]. Les

chus, pour paralyser l'opposition de son collègue Octavius, vendu à l'aristocratie, eut recours à une mesure énergique, mais parfaitement légale (ci-dessus, note 12), en le faisant destituer par les tribus assemblées. Cic., *de leg.*, III, 10. — Tite-Live, *epit.* LVIII. — Appien, *de bellis civ.*, I, 12. — Vell. Paterc., II, 2. — Plutarque, *Ti. Gracchus*, 11. 12. 15. — Asconius *in Cornel.*, p. 71, Orelli. — Dion Cassius, XXXVI, 13. XLVI, 49.

[18] *Voy.* ci-dessus, page 102, notes 5. 6, et Polybe, VI, 16 (14). — Cic., *pro Milone*, 6; *de provinc. consularibus*, 7. 15; *ad familiares*, VIII, 5. 8. 13. — César, *de bello civili*, I, 2. — Tite-Live, IV, 6. 57. XXXIII, 25. XLIII, 50. — Appien, *de bellis civ.*, II, 29. — Dion Cassius, XLI, 2. LV, 3. — Zonaras, VII, 15.

[19] *Voy.* ci-dessus, page 105, notes 4-8, et Tite-Live, IV, 26. V, 9. *epit.* LV. LIX. « ... C. Atinius Labeo, tribunus plebis, Q. Metellum censorem, a quo in senatu legendo præteritus erat, de saxo deiici iussit; quod ne fieret, ceteri tribuni plebis auxilio fuerunt. — Velleius Paterculus, II, 24. — Aulu-Gelle, XIII, 12. — Dion Cassius, XXXVII, 50.

[20] *Voy.* ci-dessus, n° 52, page 106, note 14, et Denys d'Hal., VIII, 87. — Appien, *de bellis civ.*, II, 31. — Plutarque, *quæst. rom.*, 81. — Aulu-Gelle, III, 2. XIII, 12 *in f.* — Servius *ad Verg. Æn.*, V, 738. — Dion Cassius, XXXVII, 43.

[21] Tite-Live, III, 20. « ... neque enim provocationem esse longius ab urbe mille passuum. » — Denys d'Hal., VIII, 87; Appien, II, 31, et Dion Cassius, LI, 19, négligent les *mille passus*.

[22] Cic., *de legibus*, III, 9. « ... auxilii ferendi potestatem reliquit. » — Tite-Live, *epit.* LXXXIX. « ius legum ferendarum ademit ». Velleius Paterculus, II, 30. « (Pompeius) tribuniciam potestatem restituit, cuius Sulla imaginem sine re reliquerat. » — Appien, *de bellis civ.*, I, 100. — Cf. Salluste, *fragm. hist.* (*oratio Macri Licinii*, p. 266 sq., ed. Bipont.). — Cic., *in Verrem*, II, 1, 60; *pro Cluentio*, 40. — César, *de bello civili*, I, 5. 7.

[23] Salluste, *Catilina*, 38. — Tite-Live, *epit.* XCVII. — Velleius Paterculus, *l. l.*, à la note précédente. — Plutarque, *Pompée*, 22. — Cf. Cic., *de legibus*, III, 9; *in Verrem*, I, 15. — Déjà antérieurement, le consul C. Aurelius Cotta avait fait quelques concessions aux tribuns. Salluste, *fragm. histor.*, cité à la note précédente. — Cic., *pro Cornelio*, p. 451, Orelli; *pro Cluentio*, 40. Cf. 27.

[24] *Voy.* ci-dessus, page 72, note 19.

[25] *Voy.* ci-dessus, page 74, note 8, et page 98, note 16.

plébéiens seuls sont éligibles [26]; pendant quelque temps on refusait même d'admettre des citoyens dont le père avait rempli des fonctions curules, tant que le père vivait [27]. Le collége des tribuns était tenu, sous peine capitale, de pourvoir au remplacement des collègues sortants [28].

65. Outre les grands dignitaires dont nous nous sommes occupé jusqu'à présent, nous trouvons encore plusieurs magistrats d'un ordre inférieur, que l'on finit par comprendre sous la dénomination générale des *XXVI viri* ou *XX viri* [29], savoir : les *tresviri monetales*, préposés à la fabrication de la monnaie [30]; les *tresviri capitales*, créés en 465 par une loi Papiria et chargés de certaines attributions de la police judiciaire [31]; les *decemviri stlitibus iudicandis*, juges civils [32]; quatre *præfecti iuri dicundo*, chargés de l'administration de la justice en Campanie [33]; six inspecteurs de la grande voirie [34]. Enfin nous mentionnerons les citoyens chargés de la recette des contributions, originairement sans doute les préposés des tribus, et qui figurent plus tard encore sous le nom de

[26] Cic., *de prov. procons.*, 19; *pro domo*, 13. — Tite-Live, II, 33. IV, 25. — Festus, v. *Plebeium magistratum*. — Dion Cassius, XLII, 29. LIII, 17. 32. — Zonaras, VII, 15.

[27] Tite-Live, XXVII, 21. XXX, 19. — Faisons à cette occasion deux observations : *A*) les tribuns, en sortant de fonctions, n'entrent pas de plein droit dans le sénat; mais les censeurs avaient naturellement l'habitude de les désigner. Cf. ci-dessus, page 102, note 8. *B*) Nous lisons chez Aulu-Gelle, XIV, 8 *in f.* « Namque et tribunis.... plebis senatus habendi ius erat, quamquam senatores non essent ante *Atinium plebiscitum.* » Nous n'avons aucun renseignement historique qui nous permette de fixer la date de ce plébiscite. Peut être serait-il possible de la deviner si nous connaissions d'une manière certaine les dispositions qu'elle renfermait. Mais à cet égard le texte d'Aulu-Gelle, le seul que nous possédions, est d'une obscurité déplorable. Nous jugeons inutile de rendre compte des divers essais, plus ou moins probables, qui ont été faits pour en déterminer le sens, par la raison qu'aucun de ces essais n'est entièrement satisfaisant. Le lecteur que la chose intéresse peut donner un libre cours à son esprit d'invention.

[28] « Qui plebem sine tribunis reliquisset, quique magistratum sine provocatione creasset, tergo atque capite puniretur. » Plébiscite voté sur la proposition du tribun M. Duilius (306). Tite-Live, III, 55.

[29] Tacite, *Ann.*, III, 29. — Pomponius, Fr. 2. §§ 29. 30. 31. D., *de origine iuris* 2, 1. — Festus, v. *Præfecturæ*. — Dion Cassius, LIV, 26. LX, 5.

[30] Cic., *de legibus*, III, 3; *ad fam.*, VII, 13; *ad Att.*, X, 11. — Fr. 2, § 30, D., *de orig. iuris*, 2. 1. — Dion Cassius, LIV, 26.

[31] Pomp., Fr. 2, § 30, D., *cité*. — Varron, *de l. l.*, V, 81. (IV, 14, Gothofr. — p. 24 Bipont.) — Cic., *de legibus*, III, 3; *pro Cluentio*, 13. — Salluste, *Catil.*, 55. — Tite-Live, XXV, 1. XXXIX, 14. 17. — Valère-Maxime, V, 4, 7. VI, 1, 10. VIII, 4, 2. — Asconius, *arg. Mil.*, p. 38 Orelli, et Ps. Asc., *ad Cic. div. in Cæcil.*, 15, 121, p. 2, Orelli. — Festus, v. *Sacramentum*, et ci-après, § 43, n° I. — Avant la loi *Papiria*, il y eut des gardiens de nuit, dont les fonctions furent probablement réunies à celles des *III viri capitales*, qui dès lors paraissent aussi avoir été appelés *III viri nocturni*. Tite-Live, IX, 46. XXXIX, 14. 17. — Valère-Maxime, VIII, 1. 6. — Cf. Plaute, *Amphitryon*, I, 1, 3. — Pomponius, Fr. 2, § 31, *cité*, mentionne encore des *V viri Tiberim et ultra Tiberim*, aides subalternes des *III viri capitales*. Cf. Tite-Live, XXXIX, 14.

[32] *Voy.* ci-après, n° 99.

[33] Festus, v. *Præfecturæ*. — Dion Cassius, LIV, 26. — Cf. ci-après, n° 105.

[34] *IV viri viis in urbe et II viri viis extra urbem purgandis*, peut être aussi appelés *Viocuri*. Tabula Heracl., lin. 50. 68. — Varron, *de l. l.*, V, 7 (IV, 1, col. 4, Gothofr. — p. 5, Bipont.). — Dion Cass., LIV, 26. — Fr. 2, § 30, D., *de origine iuris* 1. 2.

tribuni ærarii [35]. — Tous ces magistrats inférieurs sont régulièrement élus par les tribus sous la présidence du préteur de la ville [36].

66. Toute autorité publique avait, pour les écritures et autres services subalternes, des employés salariés, *apparitores*, parmi lesquels on distingue *scribæ* ou *librarii*, *lictores*, *viatores*, *præcones*, *accensi* [37]. Les fonctions des quatre premières catégories que nous venons de nommer sont assez connues pour que nous puissions nous dispenser de donner des détails [38]. Les membres qui composent chaque catégorie se divisent en groupes, *decuriæ*, formant des corporations [39]. Ils reçoivent traitement et logement de l'État [40], qui les tient à la disposition et au choix des divers magistrats qu'ils doivent servir [41]. Quant aux *accensi*, il ne s'en trouve qu'auprès des magistrats, investis de l'*imperium*, et chaque magistrat n'en avait qu'un seul [42]. Bien que salarié par l'État, l'*accensus* était librement choisi par le magistrat. Il est probable que, dans l'origine, le choix était limité aux membres de la centurie désignée par le nom d'*accensi* [43]; mais cette restriction finit par disparaître et plus tard le magistrat prend son homme de confiance où il veut, habituellement parmi ses affranchis [44].

[35] Cf. ci-dessus, page 63, note 14, et ci-après, n° 94. — Varron, *de l. l.*, V, 181 (IV, 36, col. 29 sq. Gothofr. — p. 49 *in f.*, Bipont.). — Asconius, *in Cornel.*, p. 67, Orelli. — Festus, v. *Ærarii*. — Dion Cassius, XLIII, 25.

[36] Aulu-Gelle, XIII, 15. Cf. ci-dessus, page 98, note 14.

[37] Cic., *in Verrem*, II, 3. 66. — Frontin, *de aquis*, c. 100. *Voy.*, pour des noms, Varron. *de l. l.*, VI, 86. 89. 94 (V, 9, col. 43 sq. Gothofr. — p. 74 sqq. Bipont.). — Festus, vv. *Lictores. Scribas. Viatores.* — Nous avons signalé, ci-dessus, page 6, n° 4, une table de bronze, contenant un fragment d'une loi qu'on appelle habituellement lex de scribis viatoribus etc.

[38] Des renseignements très-précis, accompagnés de plusieurs inscriptions intéressantes, sont donnés par M. Th. Mommsen, *de apparitoribus magistratuum romanorum* dans la revue intitulée : *Rheinisches Museum für Philologie*. Tome VI (1848), p. 1 sqq.

[39] Lex de scribis, I, 9. 17. 22 et *passim*. — Cic., *pro Cluentio*, 45. — Tite-Live, IX, 46. XL. 29. — Tacite, *Annales*, XIII, 27. — Dion Cassius, LXXIV, 4. — Cf. ci-après, § 21.

[40] Lex de scribis, I, 2 sqq., 32 sq. — Tabula Heracl., c. 4, lin. 80. — Cic., *in Verrem*, II, 3. 78. — Pline, *Epist.*, IV, 12. — Frontin, *de aquis*, c. 100. — Les avantages attachés à ces charges avaient fini par les rendre vénales. Cic., *in Verrem*, II, 3, 79. — Suétone, *Horace, initio*. — *Schol. in Iuvenalis sat.*, V, 3. « ... ut decuriam quoque quæstoriam compararet. »

[41] Lex de scribis, I, 9. 14. 18. 21. 29. II, 4. 8 et *passim*. — Cic., *pro Cluentio*, 45. — Tite-Live, XL, 29.

[42] Varron, *de l. l.*, VI, 88 sqq. (V, 9, col. 44, Gothofr. — p. 75, Bipont.). — Cic., *ad Atticum*, IV, 16; *ad Quintum fratrem*, I, 1. 4. — Tite-Live, III, 33. — Suétone. *César*, 20. — Frontin, *de aquis*, c. 100. — Pline, *H. N.*, VII, 60. — Nonius Marcellus, I, 289 (p. 516, Gothofr.).

[43] Varron, *de l. l.*, VII, 58 (VI, 3, col. 53 *in f.* Gothofr. — p. 92, Bipont.). — Nonius Marcellus, XII, 8 (p. 777, Gothofr.). — Ps. Asconius *in Verr.*, II, 1, 28. p. 179, Orelli. — Végèce, *de re militari*, II, 19. De là probablement le fait que les *accensi* ne se rencontrent que près des magistrats investis de l'*imperium*. Nous avons vu, en effet, ci-dessus, page 65, note 26, que les mots *accensi* et *velati* proviennent du rôle que les citoyens qu'ils servent à désigner, remplissent dans l'armée. Sous l'empire, nous retrouvons des *accensi et velati*, sans qu'il soit possible d'indiquer la position qu'ils occupaient. *Vaticana fragmenta*, 138.

[44] Cic., *in Verrem*, II, 2, 28; 3, 66; *ad familiares*, III, 7; *ad Atticum*, IV, 6, 2; *ad Quintum fratrem*, I, 1, 4. — Orelli, *Inscr.*, 3197. Cf. ci-après, n° 110.

— Pour les services plus humbles, il y avait des esclaves de l'État, *servi publici*, qui recevaient également salaire et logement [45]. C'est parmi eux qu'on prend le bourreau, *carnifex*, dont l'habitation est toujours en dehors de la ville [46].

CONQUÊTES, AGRANDISSEMENT ET CHUTE DE LA RÉPUBLIQUE.

Droit de guerre. — Villes incorporées. — Municipes.

67. Dans leurs relations extérieures, les Romains montrent le même caractère exclusif qui distingue leur législation civile : ils ne reconnaissent point de droit en dehors de leur État. Ce principe rigoureux est, au reste, appliqué dans toute son étendue et avec réciprocité, et les Romains se considèrent également comme étant sans droit vis-à-vis de tout autre peuple [1]. Conformément à ces idées, les mots étranger et ennemi étaient synonymes dans le principe, *hostis*, *hospes* [2]. Le seul moyen pour d'autres nations de sortir de cet état d'hostilité était de faire des traités avec la république [3]. Nous en trouvons depuis les temps les plus reculés [4], et le droit international fut de bonne heure cultivé et développé à Rome. Un collége de prêtres, appelés *fetiales*, était spécialement chargé de veiller à l'observation du droit des gens, et les Romains se vantent d'en suivre les lois avec une rigueur religieuse [5].

De ces principes il résulte qu'en cas de guerre tout ce qui tombait dans

45 Tabula Heracleensis, c. 4, lin. 80. – Varron, *de l. l.*, VIII, 83 (VII, 41 *in f.*, Gothofr. – p. 124 sq., Bipont.). – Tite-Live, XLIII, 16. – Frontin, *de aquis*, c. 100. – Aulu-Gelle, XIII, 13. – Dion Cassius, LIV, 2. LV, 8 et *passim*. — Cf. ci-après, t. III, § 327, note 48.

46 Cic., *pro Rabirio perd. reo*, 5. Cf. Plaute, *Pseudolus*, I, 3. 97.

1 Encore vers le milieu du deuxième siècle de l'ère chrétienne, nous lisons dans Pomponius, Fr. 5, § 2, D., *de captivis et postliminio reversis* 49, 15 : « ... Nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt : quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit et liber homo noster, ab iis captus, servus fit eorum. » – Fr. 7, pr. Fr. 19, § 3, D., *eodem*.

2 Cic., *de offic.*, I, 12. – Varron, *de l. l.*, V, 3 (IV, 1, Gothofr. – p. 4, Bipont.). – Festus, v. *Status*. Cf. le même, v. *Exesto*, et Plaute, *Trinummus*, I, 2, 65; *Rudens*, II, 4, 21.

3 Fr. 5, § 2, D., *de captivis* 49, 15, transcrit ci-dessus, note 1.

4 Déjà sous les rois des traités avec Albe et la Confédération latine; au commencement de la république, le célèbre traité avec Carthage; sous Sp. Cassius Viscellinus, le grand traité avec les Latins, etc. Polybe, III, 22. – Tite-Live, I, 32. 35. 38. 45. 52. II, 18. – Denys d'Hal., III, 3. 31. 34. 37 sqq. 49 sqq. 54. IV, 45 sqq. V, 50. 51. 61. 95 et *passim*.

5 Les *fetiales*, comme nous l'avons dit au nº 12, étaient une ancienne institution italique. Tite-Live, I, 25. 32. VIII, 39. IX, 1. – Denys d'Hal., I, 21. II, 72. – Servius *ad Verg. Æn.*, VII, 695. X, 14. Le collége des féciaux, qui se recrutait parmi les hommes d'État les plus distingués (Denys d'Hal., II, 72. « ἐκ τῶν ἀρίστων οἴκων. » – Tite-Live, VIII, 38. IX, 10), était particulièrement chargé de donner son avis sur les actes concernant le droit international, de demander et offrir réparation des offenses reçues ou subies par d'autres peuples, de déclarer la guerre et de

les mains des Romains appartenait à la république, hommes et biens [6]. Les hommes, si on leur laissait la vie, devenaient esclaves [7]. Les biens étaient confisqués, les immeubles toujours au profit du domaine public [8], tandis que les meubles, le butin, étaient souvent abandonnés aux soldats [9]. La nation qui voulait éviter ces malheurs devait se soumettre à discrétion, *deditio* [10]. Alors on laissait ordinairement aux anciens propriétaires une partie de leurs biens [11]. Mais l'existence politique du peuple conquis était toujours anéantie [12]. Des otages donnés aux Romains, des garnisons

conclure les traités de paix. Cic., *de legibus*, II, 9; de *offic.*, I, 31. — Tite-Live, V, 36. X, 12. XXXI, 8. XXXVI, 3. — Denys d'Hal., II, 72. XIII, 18. — Plutarque, *Numa*, 12; *Camille*, 18 et *passim*. — Les féciaux fonctionnaient habituellement au nombre de deux ou quatre; celui d'entre eux qui agissait et portait la parole était appelé *pater patratus*. Tite-Live, I, 24. 25. — Denys d'Hal., II, 72. — Aulu-Gelle, XVI, 4 et *passim*.

6 Tite-Live, I, 38. XXVIII, 34. — Gaius, II, 69. — Fr. 4, D., *de iustitia et iure* 1, 1. — Fr. 36, D., *de religiosis* 11, 7. — Fr. 5, § 7, D., *de acquirendo rerum dominio* 41, 1. — Fr. 5, § 2, D., *de captivis* 49, 15 (ci-dessus, note 1). — Fr. 7, pr. Fr. 19, § 3, D., *eodem*. — § 17, I., *de rerum divisione* 2, 1.

7 Varron, *de re rustica*, II, 10. — Tite-Live, IV, 29. V, 22. VI, 4. IX, 42. XXIII, 37 sq. XXIV, 42. XXVI, 19. XXXIV, 21. — Vopiscus, *Aurélien*, 7. — Zonaras, VII, 7. VIII, 2. — C'est même de là qu'on fait dériver le mot *servus*, de *servare*, § 3, I., *de iure personarum* 1, 3, et ci-après, t. III, § 334, note 1. — Souvent, après des guerres opiniâtres, on tuait les prisonniers ou tout au moins les chefs. C'est ainsi que moururent Pontius, le chef des Samnites et Jugurtha. Tite-Live, VII, 19. XXXI, 27. XXXIV, 21. *epit*. XCI. — César, *de bello gallico*, III, 16. — Cic., *in Verrem*, II, 5, 30. Ce dernier auteur, en exaltant les services rendus par Pompée, s'écrie encore avec admiration : « Nulla gens est quæ non aut ita sublata sit ut vix exstet, aut ita domita, ut quiescat, aut ita pacata ut victoria nostra imperioque lætetur. » Cic., *de provinciis consularibus*, 12.

8 Parfois le territoire entier; habituellement une partie du territoire : les deux tiers, la moitié, le plus souvent le tiers. *Voy.*, outre les textes cités ci-dessus à la note 6 : Cic., *in Verrem*, II, 6, 25; *in Rullum*, I, 2. II, 15. 16. 19. 20. 32 et *passim*. — Tite-Live, I, 15. 38. II, 25. 31. 41. VII, 31. VIII, 1. 11. IX, 9. X, 1. *epit*. XX *in f.* XXVI, 16. XXVII, 3. 11. XXVIII, 46. XXXVI, 39. XXXVIII, 48. XLII, 4. 19. — Denys d'Hal., II, 35. 50 *in f.* 53 sq. V, 60. IX, 17. — Appien, *de bellis civ.*, I, 7. 29. V, 12. — Siculus Flaccus, p. 138, 5 sqq. (3 sq. Goës). — Zonaras, VIII, 18. — Gaius, IV, 16. — Fr. 20, § 1, D., *de captivis* 49. 15.

9 Polybe, X, 16. — César, *de bello gallico*, III, 16. — Tite-Live, II, 17. IV, 34. V, 20. 22. VI, 4. 13. VII, 27. IX, 31. 37. X, 20. XXIV, 16. XXVII, 19. 35 *in f.* — Denys d'Hal., IV, 24. VII, 63. — Aulu-Gelle, XVI, 4. — Isidore, *Orig.*, V, 7 *in fine*. — Voy. aussi, ci-après, § 97, III, et § 98, n° 6.

10 Voici la formule de la plus ancienne *deditio* dont les historiens nous parlent, celle de la ville de Collatinum. Le chef romain demande aux ambassadeurs de la ville : « Deditisne vos, populumque Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia in meam populique Romani ditionem? » Sur la réponse : « Dedimus, » le chef reprend : « At ego recipio. » Tite Live, I, 38. — Cf. le même, VII, 27. 31. — Plus tard nous trouvons d'autres formules moins crues, particulièrement : « Se suaque omnia fidei populi romani permittere; in fidem P. R. recipi; in fidem et ditionem P. R. se tradere. » — *Voy.*, en général, Polybe, XX, 9. 10. XXXVI, 2. — César, *de bello gall.*, I, 27. 28. 32. II, 3. IV, 21. 22. VIII, 3. — Tite-Live, XXXVI, 28. XXXVII, 32. 45. XLII, 8. XLV, 4. — Appien, *de rebus hispanicis*, 95. 98 et *passim*.

11 Cic., *in Verrem*, II, 3. 6. — César, *de bello gallico*, I, 45. — Tite-Live, I. 15, II. 41. VIII, 1. X, 1. XXXIV, 21. XXXVII, 32. XXXVIII, 39. — Denys d'Hal., II, 54. V, 49. — Appien, *de bellis civ.*, V, 4. 5. — Siculus Flaccus, p. 136 sq. (16, Goës.). — Hyginus, p. 116, 16 (205 *in f.* Goës.).

12 « In arbitratu, ditione, potestate populi romani. » Lex (Acilia) repetundarum, lin. 1. — Cf. Tite-Live, I, 38. VII, 31. IX, 9. XXVIII, 34. « Mos vetustus erat Romanis cum quo nec fœdere

mises dans les forteresses du pays répondaient de la fidélité des malheureux vaincus [13]. On redoublait de rigueur contre un peuple qui, après avoir été soumis, cherchait à se soustraire au joug, *rebellare* [14].

68. Cependant il n'était pas toujours donné aux Romains d'agir avec tant de hauteur : dans les premiers temps surtout, ils étaient souvent obligés de recourir à d'autres procédés. Ainsi la première guerre sérieuse que les *Ramnes* eurent à soutenir finit par l'union des deux parties belligérantes, et l'adjonction des *Lucères* fit également participer la nouvelle tribu à tous les droits de la cité romaine [15]. Quand Rome fut devenue plus puissante, l'on se montra moins généreux et on se borna à accorder aux habitants des territoires conquis le droit de cité sans suffrage et sans *conubium*. C'est ainsi que se forma la plèbe [16], et pendant longtemps encore, surtout dans les guerres avec des peuples d'origine commune, on continua de suivre le même usage [17], tout en agissant avec plus ou moins de sévérité, suivant les circonstances [18]. Tantôt, en effet, on accorde aux villes vaincues le droit de cité dans toute son étendue [19]; tantôt on ne le donne qu'avec des restrictions, en refusant le droit de suffrage [20], voire

nec æquis legibus iungeretur amicitia, non prius imperio in eum tanquam pacatum uti, quam omnia divina humanaque dedisset. » — Tous les *dediticii* n'étaient point, au reste, soumis à un régime identique. TITE-LIVE, XXVI, 33. 34. — AULU-GELLE, X, 3.

[13] POLYBE, XVIII, 20. — TITE-LIVE, XXVIII, 34. XXX, 42. XXXVII, 32. — Ce traitement s'accorde bien avec la belle devise des Romains : « Parcere subiectis et debellare superbos. » VERGILE, *Æn.*, VI, 854.

[14] CÉSAR, *de bello gallico*, III, 10. — TITE-LIVE, II, 16. 17, IV. 26. 31. 34. VIII, 12. 14. XXIII, 37. XLV, 34. — DENYS D'HAL., V, 49.

[15] CIC., *pro Balbo*, 13. — ZONARAS, VII, 4. « .... οἰκεῖν δὲ τὴν πόλιν Ῥωμαίους καὶ Σαβίνους κοινῇ, i. e. æquo jure. » — Encore faut-il bien admettre qu'il y eut dans le principe certaines inégalités. DENYS D'HAL., III, 38. — SERVIUS, *ad Verg. Æn.*, VII, 709 : « ... Recepti in urbem Sabini sunt, sed hac lege, ut in omnibus essent cives romani, excepta suffragii latione. » — PLUTARQUE, *Romulus*, 19.

[16] *Voy.* ci-dessus, nos 9. 10.

[17] POLYBE, III, 22. — TITE-LIVE, VI, 26. 33. VIII, 14. 17. 21. IX, 43. — VELLEIUS PATERC., I, 14. — VALÈRE-MAXIME, VII, 3. 9. — ZONARAS, VII, 3.

[18] Ce plus ou moins de sévérité avait certes une grande importance pour les villes vaincues, mais il n'en était pas de même pour les Romains, qui, dans l'exposé des faits appartenant à cet ordre d'idées, ne s'occupent guère que de leurs intérêts. C'est ce qui explique que l'on ait pu comprendre sous le nom de *municipia* des villes ayant eu dans l'origine des conditions essentiellement différentes. *Voy.* ci-après, notes 23-30.

[19] C'est-à-dire, au point de vue de notre matière, le droit de cité avec *conubium* et *suffragium*. *Voy.* les deux notes suivantes.

[20] TITE-LIVE, VIII, 14 : « Lanuvinis civitas data, Fundanisque et Formianis... civitas sine suffragio data. Cumanos Suessulanosque eiusdem iuris conditionisque, cuius Capuam, esse placuit. » — LE MÊME, IX, 43 : « Hernicorum tribus populis, Alatrinati, Verulano, Forentinati, quia maluerunt, suæ leges redditæ : conubiumque inter ipsos permissum. Anagninis, quique arma Romanis intulerant, civitas sine suffragii latione data : concilia conubiaque ademta, et magistratibus, præterquam sacrorum curatione, interdictum. » — LE MÊME, XXXVIII, 36. — VELL. PATERC., I, 14. « ... Aricini in civitatem recepti... Campanis data est civitas, partique Samnitium, sine suffragio... M. Curio et Rufino Cornelio Coss. Sabinis sine suffragio data civitas...

même le *conubium* [21]. Habituellement ces villes, quoique incorporées dans la république romaine, conservaient leur administration intérieure [22]; mais les habitants, étant citoyens de Rome, contribuaient aux charges de l'État, y compris le service militaire [23]. C'est pourquoi on les appelait *municipes* et les villes mêmes *municipia* [24].

69. Des droits analogues pouvaient être accordés à des villes indépendantes. Cela se faisait d'abord quelquefois à titre de récompense, comme à l'égard de la ville de Cære après l'invasion des Gaulois [25]. Ensuite on concluait souvent des traités par lesquels les deux villes contractantes accordaient mutuellement à leurs citoyens des droits égaux ou, comme les Grecs s'exprimaient, le droit d'isopolitie [26]. D'un pareil traité

Sempronio Sopho et Appio Cæci filio Coss. suffragii ferendi jus Sabinis datum. » — AULU-GELLE, XVI, 13, ci-après, note 30.

[21] Avec *conubium.* TITE-LIVE, XXIII, 4. XXVI, 33. XXXI, 31. XXXVIII, 36. — Sans *conubium.* LE MÊME, IX, 43 (*voy.* la note 22). XXXVIII, 36 et *passim.*

[22] C'est probablement aux villes incorporées, ayant conservé leur libre administration intérieure qu'il faut rapporter FESTUS, v. *Municeps*... At Servilius ait initio fuisse qui ea conditione cives romani fuissent, ut semper rempublicam separatim a populo romano haberent... qui æque cives romani erant et in legione merebant, sed dignitates non capiebant. » Parmi le grand nombre de textes qui mentionnent des villes de cette catégorie, nous citerons : TITE-LIVE, XXIII, 2. 3. 7. 35. XXIV, 19. XXXI, 6. 16. 34. — CIC., *pro Milone,* 10, combiné avec TITE-LIVE, I, 23. — PLINE, *H. N.*, VII, 44. — TITE-LIVE, IX, 43, dit que la ville d'Anagnia et plusieurs autres reçurent la civitas « *sine suffragii latione,* et magistratibus, præterquam sacrorum curatione, interdictum. » — Souvent aussi un municipe était, à titre de peine, privé de son administration. Ainsi, la ville de Capoue, qui, originairement avait eu ses magistrats, son sénat, ses comices, en fut entièrement privée après sa défection pendant la seconde guerre punique. TITE-LIVE, XXIII, 2. 3. XXIV, 19. XXVI, 6. 16 : « Corpus nullum civitatis, nec senatus, nec plebis concilium. nec magistratus esse. » CIC., *in Rullum,* I, 32. 33.

[23] VARRON, *de l. l.*, V, 179 (IV, 36, col. 29. 23, Gothofr. — p. 49, Bipont.). « ..... Municipes quia una munus fungi debent, dicti. » — ULPIEN, Fr. 1, § 1, D., *ad municipalem,* 50, 1. « Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitate, ut munera nobiscum faciant. » D'après d'autres, le terme indiquerait la capacité de remplir des magistratures, *munera.* AULU-GELLE, XVI, 13. — FESTUS, v. *Municeps* est, ut Æl. Gallus... qui munus functus est. » — Fr. 8 *in f.* D., *de verb. signif.*, 50. 16. — L'étymologie que nous avons indiquée dans le texte nous parait seule admissible. D'une part, en effet, la participation aux charges de la république est le seul caractère qui soit commun à *tous* les municipes. D'autre part, c'est cette participation qui constitue la principale, pour ne pas dire l'unique importance de ces villes pour les Romains, qui n'ont pas l'habitude de se soucier de la différence de droits, qui pouvait exister entre les divers municipes, comparés entre eux. C'est dans le même esprit qu'on appelle *vectigales* tous les *agri* qui rapportent un *vectigal,* sans tenir compte des différences que ces terres peuvent présenter au point de vue de leurs maîtres ou possesseurs. *Voy.* ci-après, n° 72, note 3.

[24] FESTUS, v. *Municipium*... alio modo, cum id genus hominum definitur, quorum civitas universa in civitatem romanam venit, ut Aricini, Cærites, Anagnini... » — LE MÊME, v. *Municeps*... qui ea conditione cives romani fuissent, ut semper rempublicam separatim a populo romano haberent ut Cumanos, Acerranos, Atellanos, qui æque cives romani erant et in legione merebant sed dignitates non capiebant. » Cf. ci-dessus, note 22.

[25] TITE-LIVE, V, 50. VII, 19. 20. — AULU-GELLE, XVI, 13, ci-après, note 30. — D'autres exemples se trouvent chez TITE-LIVE, VIII, 21. X, 1. XXIII, 5. — VELL. PATERCULUS, I, 14.

[26] Nous nous servons de cette locution grecque, bien qu'elle soit quelque peu équivoque. Ainsi DENIS D'HALICARNASSE emploie ἰσοπολιτεια comme synonyme de *civitas cum* et *sine suffragio*

résultait pour les citoyens de chacun des deux États le droit d'acquérir dans le territoire de l'autre, de s'y établir et de jouir, par suite de cet établissement, de tous les droits de citoyen, sauf les restrictions qui pouvaient exister à l'égard du droit de suffrage et des magistratures [27]. Les cités, qui se trouvaient dans ce rapport différaient des villes incorporées en ce qu'elles conservaient leur indépendance politique; mais cette différence finit par disparaître vers la fin de la république, après que toute l'Italie eut été soumise à la domination de Rome [28]. Dès lors aussi le nom de *municipium* est donné à toutes les villes dont les habitants jouissent ou peuvent jouir [29] des droits de citoyens romains [30].

(IV, 22. 58 et *passim*); mais il se sert du même mot pour désigner la condition des Latins après le traité avec Sp. Cassius Viscellinus. VII, 53. 70. 72. 74. 76. 77. XI, 2. C'est d'une condition analogue que parlent Polybe, VI, 14, et Tite-Live, IX, 43. « Hernicorum tribus populis, Alatrinati, Verulano, Forentinati, quia maluerunt quam civitatem, suæ leges redditæ. »

[27] Festus, v. « *Municipium* id genus hominum dicitur qui, cum Romam venissent, neque cives romani essent, participes tamen fuerant omnium rerum ad munus fungendum una cum romanis civibus, præterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo... »—Le même, v. « *Municeps*... item qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere, sed tantum muneris partem. »

[28] Il y eut dès lors des *municipia* qui n'appartiennent à aucune des deux catégories dont nous venons de parler. Festus, v. *Municipium* : « ... Tertio cum id genus hominum definitur qui ad civitatem romanam ita venerunt, uti municipia essent sua cuiusque civitatis et coloniæ, ut Tiburtes, Prænestini... »

[29] Nous disons : « jouissent ou peuvent jouir. » Car les habitants des villes dont nous avons traité aux notes 26-28 n'étaient point citoyens romains, mais ils pouvaient le devenir en s'établissant à Rome, *cum Romam venissent*. C'était là un privilége de cette catégorie de *municipes*, privilége qu'ils partageaient avec les habitants des colonies latines, comme nous verrons ci-après nº 71. Aussi Cicéron et Festus qualifient-ils de municipes les villes de Bononia, Placentia, Nepete et Sutrium, qui étaient colonies latines. Cic., *in Pison.*, 1, et Asconius *ad h. l.* p. 3, Orelli. — Festus, v. « *Municipium*... Bononienses, Placentini. Nepesini, Sutrini.....

[30] C'est, en effet, le sens que l'on donne plus tard au mot *Municipium*. *Voy.* ci-après, nº 104, et Aulu-Gelle, XVI, 13. « Municipes ergo sunt cives romani legibus suis et suo iure utentes, muneris tantum cum populo participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla alia lege adstricti, cum nunquam populus eorum fundus factus esset. Primos autem municipes sine suffragii iure Cærites factos esse accipimus, concessumque illis, ut civitatis romanæ honorem quidem caperent, sed negotiis tamen atque oneribus vacarent, pro sacris bello gallico receptis custoditisque. » Nous ajoutons à ce passage, où l'auteur ne considère que le dernier développement des municipes, les deux textes complets de Festus, dont nous avons cité des extraits dans les notes 22-28. Festus, v. « *Municipium* id genus hominum dicitur qui, cum Romam venissent, neque cives romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum romanis civibus, præterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo; sicut fuerunt Fundani, Formiani, Cumani, Acerrani, Lanuvini, Tusculani, qui post aliquot annos cives romani effecti sunt. Alio modo, cum id genus hominum definitur, quorum civitas universa in civitatem romanam venit; ut Aricini, Cærites, Anagnini. Tertio cum id genus hominum definitur, qui ad civitatem Romanam ita venerunt, uti municipia essent sua cuiusque civitatis et coloniæ, ut Tiburtes, Prænestini, Pisani, Urbinates, Nolani, Bononienses, Placentini, Nepesini, Sutrini, Lucenses. » Le même, v. « *Municeps* est, ut Ælius Gallus, qui in municipio liber natus est; item qui ex alio genere hominum munus functus est; item qui in municipio ex servitute se liberavit a municipe ; item qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere, sed tantum muneris partem. At Servilius (*ou bien* Servius filius) ait initio fuisse, qui ea conditione

Traités d'alliance. Latins. Alliés. — Guerre sociale. — Droit de cité accordé aux Italiens.

70. Les villes indépendantes qui avaient le droit dont nous venons de parler étaient sans doute toujours alliées de Rome, *socii;* mais la république concluait aussi des traités d'alliance avec d'autres peuples [1]. La condition de ces alliés n'était point uniforme; elle dépendait des stipulations particulières contenues dans les traités. Parfois les deux cités s'accordaient des droits plus ou moins égaux, *æquum fœdus* [2], mais le plus souvent Rome s'assurait une position plus élevée. Fréquemment le traité contenait une disposition humiliante pour le peuple allié : *maiestatem populi romani colunto* [3], et il y avait des alliés dont la condition ressemblait tellement à celle des peuples soumis, qu'on se servait d'un terme analogue pour la désigner, *ditio* [4].

71. Les plus privilégiés parmi les alliés étaient les Latins, *nomen Latinum* [5]. Des traités, qui dataient du temps des rois, leur avaient assuré des droits égaux à ceux des citoyens romains, y compris le *conubium* [6]; ils pouvaient même voter, dans une tribu que le sort désignait, et acquérir sans restriction le droit de cité, en s'établissant à Rome, pourvu qu'ils laissassent un descendant dans leur ville natale [7]. Bien plus, ils devenaient de

cives romani fuissent, ut semper rempublicam separatim a populo romano haberent, Cumanos videlicet, Acerranos, Atellanos, qui æque cives romani erant, et in legione merebant, sed dignitates non capiebant. »

[1] POMPONIUS, Fr. 5, § 2, D., *de captivis* 49, 15, distingue les traités qui ont pour objet *amicitiam, hospitium, fœdus.* Quel que soit l'intérêt que peuvent présenter les deux premières espèces à divers points de vue, nous n'avons point à nous en occuper dans la rapide esquisse de droit international que nous traçons ici. Nous saisissons cependant l'occasion, 1° pour signaler un très-intéressant article sur l'*hospitium* et la clientèle qui se trouve dans l'ouvrage de M. Th. MOMMSEN, *Römische Forschungen,* t. I, p. 319-390, et 2°, pour rappeler deux inscriptions que nous avons mentionnées plus haut, et dont l'une relate le traité d'amitié fait avec la ville de Termessus, en Pisidie (*plebiscitum de Termessibus*, ci-dessus, page 7, n° 5), et l'autre, le sénatus-consulte, fait en faveur de trois capitaines grecs (*senatusconsultum de Asclepiade, Polystrato et Menisco,* ci-dessus, page 8, n° 15).

[2] CIC., *pro Balbo,* 20 : « Æquissimum fœdus »; *pro Archia,* 4. — TITE-LIVE, IX, 20. « Neque ut æquo tamen fœdere, sed ut in ditione populi romani essent. » — LE MÊME, XXVI, 24. XXVIII, 34. 45. XXXIII, 13. XXXIV, 57. — APPIEN, *de bellis civ.,* IV, 65-70. — JUSTINUS, XLIII, 5 : « Fœdus cum Massilia æquo iure percussum. » — JOSEPHUS, *Ant. Jud.*, XII, 10. 6. — (ZONARAS, VIII, 6) DION CASSIUS, *fragm.* 138, éd. Gros (147, R.).

[3] CIC., *pro Balbo,* 16. — Fr. 7, § 1, D., *de captivis* 49, 15.

[4] POLYBE, XX, 9. 10. — TITE-LIVE, IV, 30. VIII, 2. IX, 20. XXVI, 16. 33. XLI, 6.

[5] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 9 : « Sociorumve nominis latini. » — SALLUSTE, *Iugurtha,* 40 : « Per homines nominis latini et socios italicos. » — TITE-LIVE, I, 38. XXII, 38. XL, 36.

[6] Cela résulte, entre autres, de ce que la sœur des Horaces était fiancée avec l'un des Curiaces d'Albe. TITE-LIVE, I, 26. *Voy* encore LE MÊME, I, 49. — DENYS D'HAL., IV, 45. VI, 1. — AULU-GELLE, IV, 4.

[7] DENYS D'HAL., VIII, 72. 77. — Cf. TITE-LIVE, XXXIX, 3. XLI, 8. 9. XLII, 10.

plein droit citoyens romains, quand ils avaient rempli une magistrature dans leur cité [8]. Les autres alliés d'Italie étaient loin de jouir des mêmes priviléges [9]. Ils étaient, à la vérité, généralement libres dans leur administration intérieure : ils choisissaient leurs magistrats et n'étaient point soumis à la juridiction de Rome. Mais de fait le joug des magistrats romains pesait sur eux, et leur condition devint fort onéreuse par suite des guerres continuelles et des exactions du sénat [10]; au point qu'ils trouvèrent préférable de renoncer au simulacre de nationalité qu'on leur avait laissé, afin d'acquérir la qualité de citoyens romains, dont ils supportaient toutes les charges [11]. Les chefs du parti démocratique à Rome se firent les interprètes de ces justes demandes [12], mais leurs efforts échouèrent devant l'opposition constante et obstinée du sénat. Enfin, en 662, les alliés se soulevèrent et commencèrent une guerre qui faillit amener la ruine de Rome [13]. La république se vit forcée d'accorder le droit de cité d'abord à plusieurs villes pour les maintenir dans la fidélité

8 APPIEN, *de bellis civ.*, II, 26. — ASCONIUS, *in Pison.*, 1. p. 3, 15, Orelli. — GAIUS, I, 99. — Vers le milieu du septième siècle, une loi *Servilia Glauciæ*, promit également le droit de cité aux Latins qui auraient accusé avec succès un magistrat romain du chef de concussion, *repetundarum*. CIC., *pro Balbo*, 24.

9 Les Latins perdirent sans doute ces droits après la bataille de Regille (258) pour les reprendre par suite du traité conclu avec Sp. Cassius Viscellinus, 267 de Rome. TITE-LIVE, IV, 3. — DENYS D'HAL., VI, 1. II, 19. 22. 21. 95. VII, 53. — FESTUS, v. *Nancitor*. — Après la grande guerre qui finit en 416 par la soumission des Latins, ces derniers furent, sous plusieurs rapports, assimilés aux peuples conquis : quelques villes furent incorporées à Rome; d'autres perdirent une grande partie de leur territoire; on leur ôta non-seulement le *connubium* avec Rome, mais on défendit encore les mariages entre habitants de villes différentes; il est même à supposer que, dans le principe, on alla jusqu'à leur refuser le *commercium*. Peu à peu cependant on se relâcha de cette rigueur excessive. Déjà, en 417, Lanuvium et plusieurs autres villes reçurent la *civitas*, les unes avec le droit de vote, les autres *sine suffragio* (TITE-LIVE, VIII, 14), et nous trouvons, au septième siècle, que les Latins jouissent en général du *commercium* et du privilége d'acquérir le droit de cité, soit en s'établissant à Rome, soit à la suite d'une magistrature gérée dans leur ville natale, soit enfin comme récompense pour avoir convaincu judiciairement de concussion un magistrat de Rome. CIC., *in Verrem*, II, 2, 30; *pro Balbo*, 24; *pro Cæcina*, 35. — Cf. TITE-LIVE, XXV, 7. XXIX, 15. 37. XLI, 8. XLIII, 3. — ASCONIUS et APPIEN, cités à la note 8. — *Voy.* encore ci-après, n° 76.

10 AULU-GELLE, X, 3. — PLUTARQUE, *Ti. Gracchus*, 8 et *passim*. On peut lire sur ce sujet l'éloquente description de MICHELET, *Histoire romaine*, t. III, chap. I.

11 L'histoire nous montre cependant quelques exceptions : TITE-LIVE, IX, 43 : « Hernicorum tribus populis, Alatrinati, Verulano, Ferentinati, quia maluerunt quam civitatem, suæ leges redditæ. » — LE MÊME, XXIII, 20. XXVI, 24 : « Ut socii esse, quam cives, mallent. » Cf. CIC., *pro Balbo*, 8.

12 Fulvius Flaccus, vers 629. APPIEN, *de bell. civ.*, I, 21. 34. — Gaius Gracchus, en 632. APPIEN, I, 23. — VELLEIUS PATERC., II, 2. 6. — PLUTARQUE, *C. Gracchus*, 5. 8. — M. Livius Drusus, vers 663. APPIEN, I, 37. — VELLEIUS PATERC., II, 6. 14.

13 *Voy.* sur cette guerre qui, au reste, était également provoquée par les exactions des magistrats romains et par la mauvaise administration de la justice : CIC., *de officiis*, II, 71. — TITE-LIVE, *epit.* LXXI. — APPIEN, *de bellis civ.*, I, 35-39. — FLORUS, III, 17. 18. — VELLEIUS PATERC., II, 14. 15.

(*lex Iulia de civitate sociis danda*, 664 [14]), puis même à celles qu'elle avait vaincues après une résistance opiniâtre, *lex Plautia de civitate*, 665 [15]. On répartit les nouveaux citoyens dans huit des trente-cinq tribus existantes [16].

Jus italicum. — *Conquêtes hors de l'Italie.* — *Chute de la république.*

72. Les habitants de l'Italie entière jouissaient maintenant des droits de citoyen romain [1]. Mais cette contrée avait encore d'autres priviléges très-importants. Le principe d'après lequel tout territoire conquis appartenait à la république ne fut jamais appliqué dans toute sa rigueur aux villes italiques. Abstraction faite des terres que la république confisquait au profit du domaine public, on y laissait aux propriétaires leurs biens, et on leur accordait la même protection qu'aux citoyens de Rome. Le territoire d'Italie avait le privilége de la propriété romaine, *dominium ex iure Quiritium*. Il n'en fut point de même des autres contrées que les Romains soumirent par la suite. Les terres y étaient considérées comme appartenant à la république; et bien qu'on laissât ordinairement aux détenteurs les fonds qu'ils cultivaient, on ne leur en attribuait cependant point la propriété, mais seulement la possession et l'usage [2]. Une conséquence naturelle de cette manière d'agir était d'imposer aux détenteurs une rede-

[14] La loi de L. Julius Cæsar, qui s'appliquait à tous les Latins, aux Ombriens et aux Étrusques, ne donna pas, à proprement parler, le droit de cité à ces peuples, mais elle leur accorda la faculté de l'acquérir par une simple déclaration, à faire par eux, de vouloir adopter le droit civil de Rome. C'est ce qu'on appelait *fundus fieri*. Cic., *pro Balbo*, 8; *pro Archia*, 4 et *Schol, Bob.*, p. 353, Orelli. — Appien, *de bellis civ.*, I, 49. 53. 68. — Cf. Tite-Live, *epit.* 71. 80. — Velleius Paterc., II, 16 sqq. — Florus, III, 17. 18. — Aulu Gelle, XVI, 13, 4, 6. — Festus, v. *Fundus*.

[15] Ce plébiscite est également appelé *lex Plautia Papiria* ou *lex Silvani et Carbonis*, des deux tribuns M. Plautius Silanus et C. Papirius Carbo, qui le proposèrent. Cic., *pro Archia*, 4; *ad fam.*, XIII, 33.

[16] Les tribuns P. Sulpicius (666) et le consul Cinna (667), avaient en vain demandé qu'ils fussent répartis dans toutes les tribus. En parquant tous les nouveaux citoyens dans huit tribus, on enlevait à leurs votes toute influence. *Voy.*, sur cette mesure, les témoignages peu concordants de Cic., *Philipp.*, VIII, 2; *de petitione consulatus*, 8. — Tite-Live, *epit.* 77. 80. 84. Cf. *epit.* 86. — Appien, *de bellis civ.*, I, 49. 53. 55. 56. 59. 64. — Velleius Paterc., II, 20. — Asconius, *in Cornelianam*, p. 64, Orelli.

[1] L'Italie entière, y compris la Gaule cisalpine. Les habitants de la Gaule cispadane obtinrent le droit de cité peut-être déjà en 665; ceux de la Gaule transpadane en 705. Cic., *ad Att.*, I, 1. — Strabon, V, 1. 1. — Quelques années plus tard, en 709, Jules César régla l'administration des villes italiques par une loi générale qui paraît avoir été désignée par le nom de *lex Iulia municipalis* et dont la Tabula Heracleensis est peut-être un exemplaire. Cf. Cic., *ad familiares*, VI, 18; *ad Atticum*, II, 3. — Tit., D., *ad municipalem*, 50. 1. — *Voy.* De Savigny, dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. IX, nº XI, et ci-dessus, p. 7, nº 7.

[2] Nous nous réservons de traiter ultérieurement cette question, quand nous nous occuperons des provinces et du droit de propriété, ci-après, nº 108 et §§ 91. 92 *B*. Ici il suffit de citer Gaius, II, 7 : « .... (Quia in provinciali solo) dominium populi romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usum fructum habere videmur. »

vance pour la jouissance que Rome leur accordait. C'est là l'origine de l'impôt foncier dont les provinces étaient grevées, et dont l'Italie est restée exempte jusqu'au troisième siècle de l'ère chrétienne [3]. Avoir un territoire jouissant du privilége de la propriété romaine et exempt de l'impôt foncier constituait donc le droit particulier de l'Italie [4]. Ce droit fut aussi, sous les empereurs, accordé comme une faveur à des villes situées hors de la Péninsule; et l'on disait alors que ces villes avaient obtenu le droit italique, *civitates* et *coloniæ juris italici* [5].

73. Dans les pays qui furent conquis après l'Italie, l'on n'usa point de ces ménagements. Ils étaient entièrement soumis à l'arbitraire du peuple, du sénat et des magistrats auxquels on en confiait l'administration [6]. Ce furent principalement les déprédations qu'on y commettait qui favorisèrent l'accumulation des richesses dans les mains des gouvernants et amenèrent ainsi des inégalités sociales désastreuses [7]. Cependant, grâce à l'influence salutaire de la loi agraire de Licinius et à l'apaisement des esprits produit par la loi *Hortensia* [8], la république se trouva, pendant plusieurs

[3] SICULUS FLACCUS, p. 137, 3 (2 *in f.* Goës). « Nam sunt populi romani, quorum vectigal ad ærarium pertinet. » — AGENNIUS URBICUS, p. 2 sq. (46 *in f.* Goës). « Ager per strigas et per scamna divisus et assignatus est more antiquo in hac similitudine, qua in provinciis arva publica coluntur........... Nam ideo *publica* hoc loco eum dixisse æstimo, quod omnes, etiam privati, agri tributa atque vectigalia persolvant. » — Cf. TITE-LIVE, XXXI, 13 : « Asses vectigales, testandi causa publicum agrum esse, impositui os. » — FRONTINUS, 36, 6 (76, Goës) : « Habent autem provinciæ... Possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et præstandi tributa conditio concessa est *rel.* » D'après cela, il est tout naturel que le mot *ager vectigalis* serve indistinctement pour désigner les immeubles donnés à bail moyennant une rente, et les immeubles des provinces soumis à l'impôt foncier, c'est-à-dire à une rente en faveur de l'État. (*Voy.* ci-après, nº 79 et § 146.) Ce qui prouve à toute évidence que le *vectigal* n'est autre chose qu'une redevance payée au propriétaire par le non-propriétaire jouissant, c'est que, même dans les provinces, les propriétaires, auxquels on avait expressément et nominativement rendu leurs terres, ne payaient point de *vectigal*. HYGINUS, 116, 16 (205 Goës), après avoir dit que les fonds des territoires conquis sont ordinairement *vectigalibus subjecti* continue : « In quo tamen genere agrorum sunt aliquibus *nominatim* redditæ possessiones... Hi agri qui redditi sunt, *non* obligantur vectigalibus, quoniam scilicet *prioribus dominis redditi sunt.* »

[4] FRONTINUS, p. 35, 13 (76, Goës). « ... per Italiam ubi nullus ager est tributarius. » Cf. SENTENTIA MINUCIORUM, lin. 5. « Qua ager privatus.... est, quem agrum eos vendere heredemque sequi licet, is ager vectigal(is) nei siet. »

[5] Autrefois on croyait généralement que le *ius italicum* avait été un droit *personnel*, formant un degré intermédiaire entre la latinité et la qualité de *peregrinus* (*voy.* le paragraphe suivant). Mais M. DE SAVIGNY a prouvé, d'une manière irrésistible, qu'il n'en est rien et que le *ius italicum* est uniquement un droit accordé à un *territoire*. Ce droit, comme nous l'avons établi ci-dessus, se manifeste par les deux effets suivants : 1º d'attribuer au territoire le privilége de la propriété romaine; 2º de l'exempter de l'impôt foncier. FRONTINUS, à la note précédente : « Per Italiam, ubi nullus agrorum tributarius. » — COLUMELLA, *de re rustica*, III, 5 : « Si modo non provincialis, sed Italicus ager est. » Encore le second élément, comme nous l'avons démontré dans la note précédente, n'est-il qu'une conséquence directe et inévitable du premier. *Voy.*, du reste, sur cette question encore, ci-après, nº 108.

[6] *Voy.*, ci-après, *Des provinces*, nºs 107 et suivants.

[7] Cf. ci-dessus, nºs 40. 41.

[8] Cf. ci-dessus, nºs 37. 39. 45-47. Voici comment les résultats politiques des lois lici-

générations dans une situation prospère [9]. L'on reproche au tribun C. Flaminius d'avoir entravé ce développement paisible et heureux, en troublant l'accord entre les deux fractions de la nation par la loi agraire qu'il fit passer en 502 malgré l'opposition du sénat [10]. Il n'est pas à méconnaître que l'antagonisme qui se montre à partir de cette époque aboutit à des conséquences funestes; mais l'historien impartial en doit avant tout attribuer la responsabilité au hideux égoïsme des optimates qui ne cessèrent de faire une opposition violente et vraiment factieuse aux réformes les plus équitables. Ce qui est certain, c'est que peu de temps après Flaminius la misère du peuple s'était accrue d'une manière effrayante par suite du service militaire, des famines et de l'usure, tandis que l'exploitation habile des affaires publiques avait amassé des fortunes colossales dans les familles des gouvernants [11]. Le sénat et la noblesse formaient une faction dont le consulat ne sortait point [12], et dont le pouvoir était soutenu par l'influence qu'ils exerçaient sur les alliés d'Italie [13], et sur les chevaliers qui avaient tout à craindre et tout à espérer du sénat [14]. Au commencement du septième siècle, d'après l'aveu de tous les hommes d'État intelligents, l'état des choses était devenu intolérable. Les Gracques, appuyés d'abord par les citoyens les plus éminents, tentèrent d'y apporter un remède par des mesures législatives, sagement conçues [15];

niennes sont appréciés par M. Laboulaye, *Des lois agraires chez les Romains*, nº 35. « C'est de cette époque que date la grandeur romaine : l'égalité politique des deux ordres et la noble rivalité qu'elle amena à sa suite établirent cet équilibre de gouvernement qui faisait l'admiration de Polybe. Quelle part la loi *de modo agri* eut-elle dans cette heureuse réforme, c'est ce qu'il est difficile de déterminer. Cependant on peut admettre qu'en arrêtant pendant quelque temps la concentration des propriétés, elle eut une assez grande influence sur le développement de la classe moyenne, puisque le siècle qui suivit les lois liciniennes est celui où Rome semble inépuisable en soldats. Varron, Pline, Columelle se reportent sans cesse à ces beaux jours de la république, comme au temps où l'Italie était vraiment puissante par la richesse de son sol, le nombre et l'aisance de ses habitants; la loi des cinq cents jugères est toujours citée par eux avec honneur, car la première elle avait reconnu le mal et essayé le remède, en retardant la création de ces grands domaines, de ces *latifundia* qui dépeuplèrent l'Italie et après l'Italie l'empire tout entier. » Varron, *de re rustica*, I, 2. – Tite-Live, VII, 25. – Pline, *N. H.*, XVIII, 4. – Columella, præf. I, 3. 11. » Cf. ci-après, nº 83.

[9] *Voy.* la note précédente.

[10] Polybe, II, 21. Il est certes permis de supposer que le grand historien grec, en faisant cette appréciation, subissait quelque peu l'influence du milieu dans lequel il vivait. Il se préoccupait d'ailleurs, en général, plutôt de la grandeur et de la puissance extérieures de Rome que de la situation intérieure et de la condition des masses. — Sur la loi *Flaminia agraria*, cf. ci-après, nº 83, note 15.

[11] Salluste, *Iugurtha*, 31. 41. Cf. ci-dessus, nºs 40. 41, et ci-après, nº 83. — Les lignes qui suivent sont, en très-grande partie, presque textuellement extraites de l'*Histoire du droit romain* de M. Walter.

[12] Salluste *Iugurtha*, 63. – Tite-Live, XXII, 34. 35. XXXIX. 41.

[13] Salluste, *Iugurtha*, 40. 42.

[14] Le même, *ibidem*, 42.

[15] *Voy.* ci-dessus, page 91, notes 51-55, et ci-après, nº 83.

mais la fraction violente de la noblesse l'emporta et prévint la réalisation des réformes votées par l'assassinat des deux frères, crime atroce que le sénat eut la faiblesse, pour ne pas employer un terme plus sévère, d'approuver et même de continuer, en faisant mettre à mort des milliers de citoyens auxquels on ne pouvait imputer d'autre crime que celui d'avoir été partisans ou amis des réformateurs vaincus [16]. La réaction fut victorieuse au point de ne plus rencontrer de résistance, et pendant quelque temps l'oligarchie put croire sa domination affermie à jamais. Mais l'excès des abus amena la chute du régime. Les turpitudes commises avec une impudence inouïe pendant la guerre de Jugurtha provoquèrent une indignation assèz grande pour permettre au tribun C. Memmius (642), de faire une opposition efficace à la caste dominante [17], et la suprématie de la noblesse fut définitivement brisée à la suite de l'enquête sévère que le tribun C. Mamilius Limetanus avait provoquée contre les chefs corrompus (644) [18], et par l'avénement au consulat du parvenu C. Marius (645) [19]. Fort de l'appui de ce dernier, plusieurs tribuns, particulièrement L. Appuleius Saturninus (654), essayèrent de rabaisser le sénat et par la force et par la loi. Après la mort de ce dernier, la noblesse eut de nouveau le dessus, et le tribun M. Livius Drusus (663) paya de sa vie l'essai qu'il fit du rôle de conciliateur. Mais P. Sulpicius Rufus renouvela les agitations tribunitiennes (664), jusqu'à ce que le consul Sylla, à la tête de son armée, marchât contre Rome, renversât les lois existantes et rétablît l'autorité du sénat par des institutions nouvelles. Ce fut la première fois qu'un chef militaire, s'appuyant sur le dévouement de ses légions, essaya de les employer dans son intérêt personnel. Ces événements introduisirent dans l'État un pouvoir nouveau, source des guerres civiles et cause de la chute de la république. Sylla continua d'agir dans le même sens après qu'il se fut fait nommer dictateur pour un temps indéterminé (671) [20]. Pompée rétablit les anciennes institutions [20] dont les tribuns C. Cornelius (685), P. Clodius (694) et d'autres abusèrent, en excitant de nouvelles agitations et en provoquant de nouveaux changements [21]. Pendant ces troubles, plusieurs hommes influents, à l'aide de leurs liaisons et de leurs richesses, au moyen de la faveur populaire et de l'appui des soldats, s'étaient élevés à une haute puissance [22]. Les dissensions, qui ne tardèrent pas à éclater

[16] Sur la sanglante réaction qui suivit la défaite des Gracques, *voy.* Velleius Paterculus, II, 6. 7. — Valère-Maxime, IV, 7, 1. — Plutarque, *Ti. Gracchus*, 20. 25; *C. Gracchus*, 4. Cf. Cic., *de republica*, I, 3; *Brutus*, 34; *de amicitia*, 11; *pro Plancio*, 36; *pro Cluentio*, 35; *in Verrem*, II, 4, 49.

[17] Salluste, *Iugurtha*, 32. 33. 37.

[18] Le même, *ibidem*, 5. 40. 56. 65. — Cic., *Brutus*, 33. 34. — *Scholia Bob.*, p. 311, Orelli.

[19] Salluste, *Iugurtha*, 73. 85.

[20] Appien, *de bellis civilibus*, I, 98-100, et ci-dessus, page 124, notes 22-23.

[21] Salluste, *Catilina*, 38.

[22] Le même, *ibidem*, 39. — Cic., *pro Sestio*, 65. 66. — Dion Cassius, XXXVII, 56. 57.

parmi eux, finirent par le triomphe de Jules César, lequel, après avoir été revêtu de presque toutes les magistratures pour un temps plus ou moins long, fut enfin nommé dictateur à perpétuité (709). A sa mort, la dictature fut abolie; mais il se forma, sous le nom de « triumvirat pour la constitution de la république, » une autorité nouvelle d'où sortit enfin (721) la monarchie d'Octave Auguste [23].

ÉTAT DES PERSONNES.

74. Dans le principe, les Romains ne distinguaient que citoyens et étrangers, *cives* et *peregini*, ces derniers sans aucuns droits civils [1]. Par la suite, il se forma une classe intermédiaire de personnes auxquelles on avait accordé certains droits civils et qu'on désignait par le nom de *Latini*.

Le droit de cité, *civitas* [2], dans toute son étendue, embrassait des droits politiques et des droits civils. Sous le premier rapport, il comprenait particulièrement le droit de voter dans les comices et la capacité de remplir une magistrature, *jus suffragii et honorum* [3]. Ce ne sont cependant pas les droits politiques qui constituent l'essence du droit de cité : les habitants des municipes étaient citoyens sans avoir le droit de voter; et à Rome même, les *ærarii* et ceux qui étaient portés sur les tables de

[23] APPIEN, *de bellis civ.*, II, 48. 106 sqq. III, IV, V. — PLUTARQUE, *César*, 51. — SUÉTONE, *César*, 76. — DION CASSIUS, XLI, 36. XLII, 20. XLIII, 14. 45. XLIV, 5. 8. Cf. ci-après, n° 142.

[1] Aussi comprenait-on anciennement les Latins sous la dénomination de *peregrini*. Cette terminologie se trouve encore dans la loi *Mensia* ou plutôt *Minicia*, dont parlent GAIUS, I, 78. 79, et ULPIEN, V, 8. — *Voy.*, au reste, ci-après, les notes 15 et suivantes.

[2] Le droit de cité est également appelé *ius Quiritium*, et rien n'est plus naturel. Pourtant plusieurs auteurs ont voulu trouver une différence entre ces deux termes, en se fondant sur quelques passages de PLINE LE JEUNE, particulièrement *Epist.*, X, 4. 6. 22. 23. 105. 108. Les uns ont cru que le *ius Quiritium* avait contenu plus de droits que la *civitas;* d'autres ont été d'un avis diamétralement opposé : GRÆVIUS, *Thesaurus*, I, p. 16 sqq. et HEINECCIUS, *Antiquit. rom. syntagma*, I. App., c. 1, § 23. — D'après une hypothèse récente, les Romains se seraient servis du mot *ius Quiritium* pour désigner la différence de droits qui existe entre le *ius Latii* et la *civitas* (ULPIEN, tit. III); mais cette opinion, bien que, accidentellement, elle se concilie très-bien avec quelques phrases des épîtres de Pline, citées ci-dessus, manque de toute probabilité et ne saurait être admise en présence de deux passages de PLINE L'ANCIEN, *H. N.*, V, 55. XXIX, 61, dans lequel ce terme est employé à propos d'un *peregrinus* qui obtient le droit de cité.

[3] Ce sont là les principales manifestations du droit de cité sous le rapport politique. Il serait fastidieux et peu utile d'énumérer les autres priviléges dont jouissaient les citoyens, comme le droit d'appeler au peuple de tout abus de pouvoir commis par un magistrat, de n'être pas soumis à certains genres de peines, droit consacré par les célèbres lois *Valeria, Porciæ, Sempronia* (*voy.* ci-dessus, n°s 52. 53, et CIC., *de rep.*, II, 31; *in Verrem*, I, 3. II, 5, 52-55. 57. 62. 63. 65. 66. — PLINE, *H. N.*, VII, 44. — AULU-GELLE, X, 3. — *Actes des apôtres*, XVI, 37. — Fr. 7, § 2. Fr. 8, § 2, 3, D., *de pœnis* 48, 19 et *passim*). Nous croyons cependant devoir reproduire ici deux passages du célèbre orateur, dans lesquels il exalte éloquemment ces prérogatives du citoyen romain. CIC., *in Verrem*, II, 5, 57. « ... Illa vox et imploratio, CIVIS ROMANUS SUM, quæ sæpe multis,

Cærites n'en jouissaient point [4]. Ce qui distingue essentiellement le citoyen romain, ce sont les droits civils, savoir le *conubium* et le *commercium* [5]. Ces deux points embrassent toutes les opérations de la vie civile. En vertu du *conubium*, le citoyen peut contracter un mariage valable d'après la loi romaine, *justæ nuptiæ*, et acquérir les droits qui en résultent : particulièrement la puissance paternelle et le droit de parenté civile, *adgnatio*, nécessaire pour pouvoir succéder dans les biens d'une personne qui meurt sans laisser de testament [6]. En vertu du *commercium*, il peut acquérir la propriété romaine, *dominium*, et faire tous les actes qui s'y rapportent, particulièrement transférer cette propriété à un autre, disposer de ses biens entre-vifs et à cause de mort et recueillir ce qui lui a été laissé par testament [7]. Enfin, il peut invoquer dans toute son étendue la garantie que les lois des Quirites accordent aux droits acquis, spécialement la protection des tribunaux de Rome [8].

75. Les étrangers, *peregrini* [9], n'avaient ni droits politiques ni droits civils au point de vue romain. Ils ne pouvaient acquérir les droits propres aux Quirites, ni invoquer les garanties que le *jus civile* assurait aux

in ultimis terris, opem inter barbaros et salutem tulit... » 63. « O nomen dulce libertatis! o ius eximium nostræ civitatis! O lex Porcia, legesque Semproniæ! O graviter desiderata et aliquando reddita plebi romanæ tribunicia potestas! Huccine tandem hæc omnia reciderunt, ut civis Romanus in provincia populi Romani, in oppido fœderatorum ab eo, qui beneficio populi Romani fasces et secures haberet, deligatus in foro virgis cæderetur!! »

[4] *Voy.* ci-dessus, page 113, note 30.

[5] *Voy.* les détails ci-après, §§ 2 et 11.

[6] Sénèque, *de benef.*, IV, 35 : « Peregrinus apparuisti, non est mihi cum extraneo conubium... » — Ulpien, V, 4. « Conubium habent cives romani cum civibus romanis : cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. » (*Voy.* ci-après, note 16). — Gaius, I, 56. « Habent autem in potestate liberos cives romani si cives romanas uxores duxerint, vel etiam latinas peregrinasve cum quibus conubium habeant; cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris conditionem sequantur, evenit ut non [solum] cives romani fiant, sed in potestate patris sint. » — Id., I, 55. « In potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus; quod ius proprium civium romanorum est... » — Ulpien, XXVI, 1. « Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos qui in potestate sunt...; si sui heredes non sunt... ad reliquos adgnatos proximos, id est, cognatos.... per mares descendentes, eiusdem familiæ, etc., etc. » — *Voy.*, pour les détails, ci-après, § 15, et tome III, §§ 302, 326 sqq., 359.

[7] Ulpien, XIX, 4. « Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios, latinosque Iunianos, eosque peregrinos quibus commercium datum est; » 5. « Commercium est emendi vendendique invicem ius. » — Cic., *ad fam.*, VII, 2. « Negare... tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is qui factionem testamenti non haberet. — Ulpien, XX, 8 et 14. « ... Nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus. » Fr. 7, § 3, D., *de interdictis et relegatis*, 48, 22 « ... Et civitatem romanam retinet et testamenti factionem non amittit. » — Gaius, II, 218. « ... Cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit... » — Ulpien, XXII, 1. 2. — *Voy.*, pour les détails, ci-après, §§ 91-92, t. II, §§ 244. 246. t. III, §§ 362 sqq., 382. 418.

[8] *Voy.* ci-après, §§ 42, 92, et t. II, § 192.

[9] Ce nom comprend aussi bien les sujets romains dans les provinces que les étrangers qui n'ont aucune relation avec la république, *peregrinus qui suis legibus utitur.* Varron, *de l. l.* V, 3 (IV, 1, Gothofr. — p. 3, Bipont.).

citoyens. On ne leur refusait pas, à la vérité, la protection qui paraît être due à tous les hommes, abstraction faite de la législation particulière d'un État, et qu'on croyait être fondée sur l'équité naturelle, *ius gentium*[10]. Leurs mariages étaient considérés comme valables; mais ils ne produisaient pas les effets du mariage romain. Les Romains ne leur déniaient point l'exercice du pouvoir que l'homme peut avoir sur les objets matériels et que nous appelons propriété; mais cette propriété des étrangers ne jouissait que d'une protection relative et qui était loin d'être aussi efficace que celle accordée au *dominium* du citoyen romain. Les étrangers étaient capables de contracter des obligations; rien ne s'opposait à ce que, d'après le droit en usage chez eux, ils succédassent dans les biens de leurs proches décédés intestats, ou d'une personne quelconque qui avait fait un testament en leur faveur : mais ils ne pouvaient point, à l'égard de ces manifestations de droit, se prévaloir des dispositions de la loi romaine ni invoquer la protection absolue et efficace offerte et garantie par le *ius Quiritium*[11]. Dans le principe, l'étranger ne pouvait même obtenir aucune protection à Rome, s'il ne s'était mis sous le patronage d'un citoyen [12]. Mais à mesure que les relations avec les nations étrangères s'étendirent et que les idées romaines perdirent de leur rigueur, les bornes du *ius gentium* furent reculées, et vers la fin du cinquième siècle, nous trouvons une autorité judiciaire spécialement chargée de rendre la justice aux étrangers [13]. Toutefois cette protection était loin d'être aussi étendue

[10] GAIUS, III, 93. « ... Ceteræ (verborum obligationes) vero iuris gentium sunt; itaque inter omnes homines, cives romanos sive peregrinos, valent. » 132 : « Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis iuris gentium est. » Cf. ibidem, 133 sqq. – MARCIEN, Fr. 17, § 1, D., *de pœnis* 48, 19. « Item quidem ἀπόλιδες sunt, hoc est, sine civitate : ... ut ea quidem, quæ iuris civilis sunt, non habeant; quæ vero iuris gentium sunt, habeant. » Cf. Fr. 5, D., *de iustitia et iure* 1. – Fr. 15, pr. D., *de interdictis* 481. 22. – §§ 1. 2, I., *de iure naturali gentium et civili* 2. — A Rome et dans l'empire romain, les *peregrini* ne pouvaient donc se prévaloir que des règles du *ius gentium, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (*voy.* ci-après, nº 113 et § 2); mais dans leur province, ils invoquaient leur droit national. *Voy.* ci-après, nº 111.

[11] Les détails avec les preuves seront donnés quand nous nous occuperons du développement historique des différentes institutions du droit privé. Ici il suffit de quelques indications générales : *A*) *Mariage*. Le mariage *iuris gentium*, quoique n'étant pas *iustæ nuptiæ*, était cependant un mariage valable. La violation de la fidélité conjugale était considérée comme adultère. Fr. 13, § 1, 4, D., *de adulteriis* 48, 5; les enfants issus d'un pareil mariage n'étaient point naturels, et la règle « pater est quem nuptiæ demonstrant, » s'y appliquait également. *Voy.* Fr. 5, D., *de in ius vocando* 2, 4; –Fr. 1, § 2, D., *ad municip.*, 50. 1, et surtout les passages des auteurs qui parlent de l'acquisition de la *civitas* et de la puissance paternelle par *erroris causa probatio*. GAIUS, I, 68. –ULPIEN, VII, 4. *Voy.* ci-après, § 11, et t. III, §§ 302. 325. 326. – *B*) *Propriété*. *Voy.*, ci-dessus, page 139, note 7, et ci-après, § 92. — *C*) *Obligations*. *Voy.* la note précédente, et t. II, §§ 192. 244. 246. — *D*) *Successions à cause de mort*. *Voy.* t. III, §§ 359. 364. 369. 382. 413 sq. 418. 444.

[12] CIC., *de officiis*, I, 11. 39; *divinatio in Cæcilium*, 4. 20; *ad familiares*, XV, 4, 15. – TITE-LIVE, XLIII, 2. – Cf. APPIEN, *de bellis civ.*, II, 4.

[13] *Voy.* ci-dessus, p. 112, note 17.

que celle accordée aux citoyens [14], auxquels était toujours exclusivement réservée la jouissance du *conubium* et du *commercium* avec tous leurs effets légaux.

76. Telle était la condition générale des *peregrini*. On accordait bien parfois à des étrangers le *conubium* ou le *commercium* [15], mais ces octrois étaient des mesures exceptionnelles et ne constituaient que des priviléges individuels en dehors du droit commun, jusqu'à ce que, vers la fin de la république, on fût amené à créer, sous le nom de *ius Latii*, une institution permanente qui formait un état intermédiaire entre les citoyens et les étrangers, emportant le *commercium* sans jouissance des droits qui découlent du *conubium* [16].

Les anciens Latins, nous l'avons vu ci-dessus, avaient eu le droit d'isopolitie. Après la grande guerre latine, en 416, ils furent, sauf les exceptions que la république trouva convenable de faire, assimilés aux peuples vaincus et n'eurent, dans les premiers temps, probablement ni *conubium*, ni *commercium*. Peu à peu cependant les Romains se relâchèrent de cette rigueur : le droit de cité fut accordé à quelques villes latines, et il paraît que les moins favorisées d'entre elles recouvrèrent au moins le *commercium* et le privilége qui avait autrefois déjà appartenu aux Latins et qui consistait à pouvoir acquérir le droit de cité par suite d'une magistrature gérée dans leur ville natale ou en s'établissant à Rome sous certaines conditions [17]. Abstraction faite de ce privilége particulier, la jouissance du *commercium* (avec ou sans restrictions) constituait donc le caractère distinctif des villes latines auxquelles le droit de cité n'avait pas été accordé, et spécialement des colonies latines [18]. Lorsque par les lois

[14] *Voy.* ci-après, §§ 2. 42. 92.

[15] GAIUS, I, 56. 57. 80. — ULPIEN, V, 3. 4. 8. XIX, 4. *Voy.* aussi ce que nous avons dit ci-dessus, page 11, note 42, des congés des vétérans, et ce que nous dirons ci-après, t. III, § 302, note 5.—Ces concessions étaient plus ou moins étendues et pouvaient ne comprendre que certains éléments du *conubium* et du *commercium*. Le *Sc. de Asclepiade* autorise les trois capitaines à user de telle partie des pouvoirs contenus dans ces deux droits civils qu'ils jugent convenable; des diplômes de vétérans n'accordent que la puissance paternelle. Antonin le Pieux donna aux Grecs, devenus citoyens, le droit de laisser à cause de mort leurs biens même à ceux de leurs enfants qui étaient demeurés *peregrini*. PAUSANIAS, *descriptio Græciæ*, VIII, 43.

[16] Ce sont là, en effet, les éléments qui constituent, en thèse générale, le *ius Latii* artificiel dont nous avons à nous occuper ici. Mais ce *ius Latii* est, comme le fut dans le temps la condition des vrais Latins, susceptible de diverses nuances. Ainsi GAIUS, I, 96, dit que l'on distinguait de son temps un *Latium maius* et un *Latium minus*, et nous voyons également sous l'empire, toute une catégorie de Latins, les *latini Iuniani*, privés du *commercium mortis causa*. *Voy.*, sur ces deux nuances, ci-après, n° 136.

[17] *Voy.* ci-dessus, n° 71.

[18] Cela n'est dit nulle part d'une manière formelle pour cette époque, mais résulte évidemment de tous les renseignements que nous avons sur les Latins. On ne saurait, en effet, admettre que le *commercium* ait fait défaut à des villes dont les habitants pouvaient si facilement obtenir le droit de cité. Il est d'ailleurs certain qu'il y avait entre les Romains et les habitants des villes latines des rapports d'affaires qui font supposer l'existence de ce droit (Cf. TITE-LIVE, XLI, 8), sans parler

Iulia et Plautia de civitate, tous les habitants du Latium étaient devenus citoyens, cette condition intermédiaire n'aurait donc plus appartenu qu'aux seules colonies latines; cependant en 663 une loi *Pompeia* [19] en gratifia également la Gaule cisalpine transpadane que l'on voulait favoriser sans aller jusqu'à l'octroi du droit de cité [20]. Peu de temps après, cette contrée obtint, à la vérité, cette dernière faveur; mais le *jus Latii* fut par la suite concédé à différentes villes et même à des pays entiers [21], et dès lors les termes *Latinus, ius Latii,* ont perdu toute signification ethnographique ou locale, et servent à désigner une création artificielle conférant à ceux qui en jouissent le *commercium* et de grandes facilités pour acquérir le droit de cité [22].

77. En général, c'était par la naissance qu'on acquérait la qualité de citoyen, de Latin ou d'étranger. Le peuple ou le sénat pouvait également conférer le *ius Latii* ou le droit de cité [23]. C'était même un moyen assez usité de se faire un parti dans une ville étrangère que d'accorder la qualité de citoyen romain à des hommes influents. Des peuples prudents

de ce que le privilége du sol italique aurait été de peu d'importance pour des personnes sans *commercium.* (Il est possible, au reste, que tous les Latins n'aient pas eu le *commercium* dans toute son étendue. Ainsi d'après Cic., *pro Cæcina,* 35, il paraîtrait que la ville d'*Ariminum* et onze autres colonies latines aient eu comme privilége le droit de *capere hereditates a civibus romanis,* de sorte que les villes non privilégiées n'auraient pas joui du *commercium mortis causa,* comme plus tard les *Latini Iuniani*). Enfin, il est constant que la jouissance du *commercium* constituait l'élément essentiel du *ius Latii* artificiel, dont il sera parlé ci-après, et il est impossible d'expliquer cette particularité, à moins d'admettre qu'il en a été de même du droit des Latins originaires. *Voy.* les textes cités ci-après à la note 22.

[19] En 582, on avait, au reste, déjà accordé comme faveur le *ius Latii* artificiel, en permettant à des enfants issus de soldats romains et de femmes espagnoles, par conséquent à des *peregrini,* de fonder une *colonie latine* à Carteia en Espagne. Tite-Live, XLIII, 3.

[20] Asconius *in Pisonianam,* 1 (p. 3, Orelli). « .... Cn. Pompeius Strabo pater Cn. Pompeii Magni, Transpadanas colonias deduxerat. Pompeius enim non novis colonis eas constituit, sed veteribus incolis manentibus ius dedit Latii, ut possent habere ius, quod cæteræ latinæ coloniæ, id est, ut gerendo magistratus civitatem romanam adipiscerentur. » Cf. Cic., *ad Atticum,* V, 11, 2. – Appien, *de bellis civ.,* II, 26.

[21] Par exemple, à plusieurs villes de la Sicile par César. Pline, *H. N.,* III, 14, 5 (8). – Cic., *ad Atticum,* XIV, 12, où se trouve le mot *Latinitas.* – *Voy.* encore ci-après, nº 157.

[22] Ulpien, XIX, 4. « Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos colonarios, Latinosque Iunianos, eosque peregrinos, quibus commercium datum est. » – Le même, XI, 16. « Latinus habet quidem testamenti factionem. » – Ascon., *in Pison.,* cité à la note 19. – Appien, *de bellis civ.,* II, 26. « Πόλιν δὲ Νεόκωμον ὁ Καῖσαρ ἐς Λατίου δίκαιον ἐπὶ τῶν Ἄλπεων ᾤκιζε· ὧν ὅσοι κατ' ἔτος ἦρχον, ἐγίγνοντο Ῥωμαίων πολῖται. Cf. Ulpien, III, 1, ci-après, note 26.

[23] Soit à des villes entières, soit à des individus. *Voy.* ci-dessus, nºs 68-71, et Cic., *pro Balbo,* 9. 23. 24; *pro Fonteio,* 8; *pro domo,* 30; *ad Atticum,* XIV, 12. – Tite-Live, II, 16. III, 29. IV, 4. VI, 26. VIII, 1. 11. 14. 17. 21. XXIII, 5. 31. XXVII, 5. XXXVIII, 36. – Denys d'Hal., V, 40. – Villeius Paterculus, II, 16. – Pline, *H. N.,* III, 20. VII, 44. – Asconius, *in Pison.,* 1. 22. (p. 3. 13 sq., Orelli). – Josephus, *Antiq. iud.,* XIV, 10. 11. 19. – Dion Cassius, XXXVII, 9, XLVIII, 32. – Zonaras, VII, 14. – Vers la fin de la république, Marius, Sulla, Crassus, Pompée, César et surtout les derniers triumvirs obtinrent et usurpèrent ce droit. Cic., *pro Balbo,* 8. 14. 17. 20; *Philipp.,* II, 36. V, 4; *ad familiares,* XIII, 36. – Dion Cassius, XLV, 25.

avaient soin de prendre des précautions contre cette faveur dangereuse, et de stipuler expressément dans les traités d'alliance qu'il ne serait pas permis de l'accorder [24]. D'après un principe qui fut invariablement suivi du temps de la république, les esclaves affranchis devenaient de plein droit citoyens romains [25]. Les Latins acquéraient la même qualité, également de plein droit, de différentes manières [26].

Le Romain perdait sa qualité de citoyen [27] s'il était fait prisonnier de guerre : la captivité le privait à la fois de la liberté et du droit de cité [28]. La même déchéance frappait ceux qui étaient livrés à une nation étrangère en expiation d'une violation du droit des gens commise par eux [29]; ceux qui s'étaient soustraits au cens ou au service militaire [30]; le fils de famille, vendu par son père hors du territoire romain [31]; le débiteur insolvable, vendu par ses créanciers au delà du Tibre [32]. La perte du droit de cité était également une conséquence de la condamnation à l'exil [33]. En outre le citoyen pouvait abdiquer sa qualité en se faisant recevoir dans un autre État [34]. Enfin il n'est pas sans exemple que la république ôtât, à titre de peine, le droit de cité à des villes entières qui en avait joui [35].

[24] Cic., *pro Balbo*, 14. « At enim quædam fœdera exstant, ut Germanorum Insubrium, Helvetiorum, Iapidum, nonnullorum item ex Gallia barbarorum, quorum in fœderibus exceptum est, ne quis eorum a nobis civis recipiatur. » — Valère-Maxime, V, 2. 8. — Pline, *H. N.*, VII, 44. — Dion Cassius, XLVIII, 32.

[25] *Voy.* ci-après, t. III, § 335.

[26] Particulièrement par des fonctions publiques exercées dans leur ville. Ulpien, III, 1, énumère encore différentes autres manières; mais il n'est guère probable que ces dispositions s'appliquent déjà à notre époque : « Latini ius Quiritium consequuntur his modis : beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, pistrino; præterea ex senatusconsulto, vulgo quæsitum ter enixa. » L'explication de ces modes est donnée par Ulpien, *ibid.*, 2-6.

[27] Nous nous bornons ici à une simple énumération des causes qui faisaient perdre le droit de cité du temps de la république, en nous réservant de donner les détails qui ont conservé de l'importance dans le droit nouveau, aux endroits où il sera traité des matières qui s'y rapportent, ci-après, § 11.

[28] *Voy.* ci-dessus, page 127, note 1, et ci-après, § 11, et t. III, § 334, nº 1. Mais le prisonnier qui était repris sur l'ennemi ou qui parvenait à rentrer dans sa patrie recouvrait la liberté et le droit de cité, comme s'il n'avait jamais cessé d'en jouir, au moyen d'une fiction, désignée par le terme *ius postliminii*. *Voy.* ci-après, § 11, et t. III, § 334, nº 1.

[29] Cic., *pro Cæcina*, 34. — Fr. 17, D., *de legationibus* 50, 7. — La question de savoir si le *civis hostibus deditus* jouissait du *ius postliminii* avait été controversée. Cic., *de oratore*, I, 40; *Topica*, 8; *pro Cæcina*, 34. — Fr. 4., D., *de captivis* 49, 15.—Fr. 17, D., *de legationibus*, 50, 7.

[30] *Voy.* ci-après, t. III, § 334.

[31] Cic., *de oratore*, I, 40; *pro Cæcina*, 34. *Voy.* ci-après, t. III, § 329.

[32] Aulu-Gelle, XXII. *Voy.* ci-après, t. II, § 298.

[33] Au moins sous l'empire. *Voy.* ci-après, nº 95.

[34] Cic., *pro Balbo*, 11. « Duarum civitatum civis esse, nostro iure civili, nemo potest : non esse huius civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest. » — Le même, *pro Cæcina*, 33. 34; *de oratore*, I, 40; *pro domo*, 29. 30. — Même le citoyen qui se faisait inscrire pour prendre part à la fondation d'une colonie latine perdait par là son droit de cité et devenait *Latinus*. Cic., *pro Cæcina*, 33; *pro domo*, 30. — Gaius, III, 56. Cf. I, 131. — Boethius, *ad Cic. topica*, 2.

[35] Tite-Live, XXVI, 34. — Cic., *pro Cluentio*, 33 : « Arretinis ademta civitas est; » *pro*

ADMINISTRATION DE LA RÉPUBLIQUE.

Des finances de la république.

78. Il paraît que pendant assez longtemps la plèbe avait ses finances particulières, déposées au temple de Cérès et distinctes de la caisse du *populus*, *publicum* [1], laquelle était peut-être elle-même séparée du trésor de l'État, *ærarium*. Quoi qu'il en soit, ce dernier qui, depuis le consulat de Valerius Publicola, était déposé dans le temple de Saturne sous la garde des questeurs du trésor [2], finit par absorber toutes les finances, bien que vers le milieu du sixième siècle, les édiles plébéiens paraissent encore avoir eu une caisse particulière [3].

La source principale des revenus publics fut pendant longtemps la contribution personnelle, répartie d'après le cens, *tributum ex censu*. Sous les rois, il n'y avait probablement d'autre impôt personnel que la capitation arbitraire qui pesait sur les plébéiens. Servius Tullius, par l'organisation des centuries, introduisit la répartition rationnelle d'après la fortune des contribuables. Sous Tarquin le Superbe, la capitation fut de nouveau mise en vigueur; mais Valerius Publicola rétablit le *tributum ex censu* [4]. Cet impôt se levait en proportion de la fortune suivant la déclaration faite sous serment [5] par les citoyens inscrits dans les tribus et centuries lors de la tenue du cens, qui avait lieu régulièrement tous les cinq ans [6]. Les personnes qui n'étaient point inscrites dans une tribu étaient soumises à une imposition arbitraire, *ærarii* [7], ainsi que les célibataires, les veuves et les orphelins [8]. Le produit de cette imposition qui frappait les personnes incapables du service militaire, était particulièrement destiné à la paye des soldats, *æs militare*, à l'achat et à l'entretien

domo, 30 : « Populus romanus L. Sulla dictatore ferente, comitiis centuriatis, municipiis civitatem ademit ».

[1] NONIUS MARCELLUS, I, 209, v. *Pandere*. – DENYS D'HAL., VI, 96. IX, 27. X, 42. – TITE-LIVE, II, 42. X, 23. XXVII, 6. XXXIII, 25. Cf. ci-après, note.

[2] PLUTARQUE, *Publicola*, 12; *quæst. romanæ*, 42. – FESTUS, v. *Tributorum* in f. – SERVIUS, *ad Verg. Georg.*, II, 502; *ad Æn.*, VIII, 319. 322. – MACROBE, *Saturn.*, I, 8.

[3] TITE-LIVE, XXXIII, 25. Cf. ci-après, note 12.

[4] *Voy.* ci-dessus, page 53, note 30.

[5] *Voy.* les passages de Varron, Denys d'Halicarnasse, Isidore, cités ci-dessus, page 53, note 33, et TABULA HERACLEENSIS, c. 11. lin. 142-148. – CIC., *de legibus*, III, 3. – TITE-LIVE, VI, 27. 31. XLIII, 14. – FESTUS, v. *Tributorum*, ci-après, note 28.

[6] TITE-LIVE, I, 44. – DENYS D'HAL., IV, 22. – VALÈRE-MAXIME, IV, 1. 10.

[7] *Voy.* ci-dessus, page 66, note 29 et p. 113, note 30.

[8] *A*) FESTUS, v. *Uxorium*. – VALÈRE-MAXIME, II, 9. 1. – *B*) CIC., *de rep.*, II, 20. 36. – TITE-LIVE, I, 43. III, 3. – DENYS D'HAL., IX, 25. – PLUTARQUE, *Public.*, 12; *Camille*, 11. Il est à remarquer que le mot *vidua* comprend non-seulement les veuves, mais aussi toutes les femmes non mariées. Fr. 101, pr. 242, § 3, D., *de verborum signif.*, 50. 16.

des chevaux de l'armée, *æs equestre, æs hordearium*[9]. — La conquête de la Macédoine (585) fit affluer tant de richesses dans le Trésor de la république que, depuis cette époque, on cessa de lever la contribution personnelle [10].

A partir de 397, nous trouvons un impôt de cinq pour cent sur la valeur des esclaves affranchis, *vicesima manumissionum* [11].

La république recevait en outre les amendes encourues par les particuliers [12], le produit des droits de port et de douane [13], des salines [14], des pêcheries publiques et des mines [15].

79. Le Trésor s'enrichissait encore des tributs imposés aux peuples vaincus [16], du butin fait à la guerre [17] et en général du produit des conquêtes faites par les armées de la république. D'après les principes du droit international admis par les Romains, les terres conquises appartenaient à la république, qui en disposait de diverses manières [18]. Souvent le sénat, pour parer à un besoin urgent ou pour tout autre motif, faisait vendre par les questeurs des portions plus ou moins considérables du

[9] Varron, *de l. l.*, V, 181 (IV, 36, Gothofr. – p. 49 Bipont.). – Festus, vv. *Equestre æs, Hordearium vectigal. Pararium.* – Gaius, IV, 27.

[10] *Voy.* ci-après, n° 160.

[11] Impôt créé en vertu d'une loi *Manlia*, votée par l'armée. *Voy.* ci-dessus, page 93, note 2, et Tite-Live, VII, 16. XXVII, 10. – Cic., *ad Atticum*, II, 16.

[12] Lex (Acilia) repetundarum, c. 18-21. lin. 57 sqq. – Tite-Live, XXXVIII, 60. – Tacite, *Annales*, XIII, 28. Cf. ci-après, n° 95 *in fine*. Pendant longtemps les amendes infligées par les tribus et par les magistrats plébéiens paraissent être tombées dans la caisse particulière de la plèbe. Denys d'Hal., IX, 27. X, 42. – Tite-Live, X, 23. XXVII, 6. XXXIII, 25. Le fait rapporté dans le dernier texte se passe en 555.

[13] Les droits de ports, *portoria*, abolis la seconde année de la république, furent rétablis vers le milieu du sixième siècle; abolis de nouveau par une loi Cæcilia, en 692; enfin, de nouveau rétablis par Jules César. Tite-Live, II, 9. XXXII, 7. XL, 51. – Denys d'Hal., V, 20. – Cic., *in Verrem*, II, 2, 75; *pro lege Manilia*, 6; *ad Atticum*, V, 15. – César, *de bello gallico*, I, 18. – Velleius Paterculus, II, 6. 3. – Suétone, *César*, 43. – Plutarque, *Publicola*, 11. – Dion Cassius, XXXVII, 51, et ci-après, nos 161. 229. – Cf. Plebiscitum de Termessibus, c. 7. lin. 30.

[14] L'État prit d'abord le monopole des salines pour que le peuple pût se procurer le sel à bon marché (Tite-Live, II, 9); mais on ne tarda pas à en faire surtout une source de bénéfices, qui cependant disparut vers la fin de la république. Cic., *ad Atticum*, II, 16, 1. – Tite-Live, XXIX, 37. – Suétone, *Tibère*, 30. – Pline, *H. N.*, VIII, 37 (135). XXXI, 7 (41). – Aurelius Victor, *de viris illustribus*, 5. — Dans les provinces, la république exerçait souvent aussi ce monopole. Ainsi il est dit de Paul Emile, organisant la province de Macédoine (585), que « sale invecto uti voluit, » et plus loin « post non impetratam Pæoniam salis commercium dedit. » Tite-Live, XLV, 29. Cf. ci-après, nos 161. 229.

[15] Polybe, VI, 15 (17). – Pline, *H. N.*, XXXIII, 4 (21). – Festus, v. *Lacus Lucrinus*. – Fr. 13, D., *de publicanis* 39, 4. — Après la conquête d'un territoire, la république s'emparait régulièrement des mines importantes. Ainsi dans la Macédoine. Tite-Live, XLV, 29 : « Metalla quoque auri et argenti non exerceri : ferri et æris permitti. » *Voy.* encore ci-après, nos 161. 229.

[16] Tite-Live, XXXIV, 57. XXXVII, 56. XLV, 29. – Denys d'Hal., IV, 52. – Appien, *de rebus hispanicis*, 43. 44 et *passim*.

[17] *Voy.* ci-dessus, page 53, note 26, ainsi que Denys d'Hal., VIII. 63, et ci-après, § 97, nos 3. 4; § 98, n° 6.

[18] *Voy.* ci-dessus, page 127, notes 1-9.

domaine de l'État, qui, dès lors, devenaient la propriété privée des acquéreurs, *agri quæstorii* [19]. Mais les terres conquises fournissaient surtout une source importante et permanente de revenus [20], d'abord par le loyer que donnaient les fonds affermés par le sénat [21], ensuite au moyen de la rétribution due pour l'usage des pâturages publics et pour l'occupation des parcelles du domaine public, qui constituait, en faveur des occupants, une possession révocable par l'État, mais protégée par lui tant qu'il tolérait l'occupation [22]; enfin par la rente imposée aux fonds provinciaux, rente qui, dans certaines provinces, se payait en argent, dans d'autres en produits du sol et qui finit par prendre la nature d'un véritable impôt foncier [23].

80. C'est au moyen de ces divers revenus que le sénat, par les censeurs et les questeurs, pourvoyait aux dépenses publiques, qui comprenaient régulièrement la paye de l'armée et les traitements des bas employés salariés [24]; la construction et l'entretien des édifices publics, des tem-

[19] *Voy.* ci-dessus, page 50, notes 8. 9, et Lex (Thoria) agraria, c. 19. 34-42. — Cic., *in Rullum*, II, 14. — Tite-Live, X, 16. 28. XXXI, 13. XLVIII, 26. — Orose, V, 18. — Hyginus, *Gromatici*, 115, 15 (205 Goës.) et Siculus Flaccus, *Grom.*, 136. 15; 151. 18; 152. 23 (2. 13. 14 Goës.).

[20] Le mot *vectigal* embrasse toutes les impositions en faveur de l'État, par extension tout revenu quelconque (même des particuliers), et sert, par conséquent, aussi à désigner le produit des terres de l'État, sous quelque forme qu'il se présente. C'est ainsi que le *vectigal* est représenté comme constatant la qualité de *ager publicus.* Tite-Live, XXXI, 13. « Consules agrum æstimaturos et in iugera *asses vectigales, testandi causa publicum agrum esse,* impposituros. » — Cf. ci-dessus, page 135, note 3, et ci-après, § 146, note 9.

[21] Appien, *de bellis civ.*, I, 7. « ... ἡ ἐξεμίσθουν ». Déja, en 268, Appius Claudius, pour écarter la loi agraire de Sp. Cassius Viscellinus, proposa de louer les terres du domaine public pour cinq ans. Denys d'Hal., VIII, 73-75, dit que cette proposition fut adoptée et consacrée par un sénatus-consulte. Cependant, nous ne trouvons guère de location de terres publiques avant le milieu du sixième siècle. Tite-Live, XXVII, 3. XLII, 19. — Plutarque, *Ti. Gracchus*, 8. Les *Gromatici* parlent de baux de cinq à cent ans, et il est probable qu'il y en avait sans terme. Ces baux à long terme et sans terme ont contribué à faire naître une institution qui, dans les derniers temps de l'empire, acquiert une grande importance sous le nom d'*emphytéose.* Hyginus, *Grom.*, 116, 11 sqq. (205, Goës). — Siculus Flaccus, *Grom.* 136. 21; 137, 1 sqq. (2 in f., Goës), et ci-après, § 146.

[22] *Voy.* ci-dessus, page 50, notes 5. 11-18. La rétribution payée pour l'usage des pâturages publics s'appelait *scriptura;* de là *scripturarius ager.* Ces pâturages étaient fort étendus et fournissaient pendant longtemps la partie la plus importante du revenu public. Pline, *H. N.*, XVIII, 3. « Etiam nunc in tabulis censoriis pascua dicuntur omnia, ex quibus populus reditus habet, quia diu hoc solum vectigal fuit. » — Varron, *de re rustica*, II, 1, 16. — Cic., *adv. Rullum*, I, 1. — Tite-Live, XXXIX, 29. — Festus, v. *Scripturarius ager.* — La rétribution à payer pour les champs labourables était d'un dixième du produit, *decuma;* pour les vergers et vignes, d'un cinquième. Appien, *de bellis civilibus*, I, 7.

[23] Le *vectigal* des fonds provinciaux, payable en argent, s'appelait par excellence *stipendium*, de *stips*, d'où l'adjectif *stipendiarius.* Varron, *de l. l.*, V, 182 (IV, 36, col. 30 Gothofr.—p. 49 sq. Bipont.): « Hoc ipsum *stipendium* a stipe dictum, quod æs quoque stipem dicebant.... »—Fr. 27, D., *de verborum signif.* 50, 16. — Lex (Thoria) agraria, c. 37. 38. — Cic., *in Verrem*, II, 3, 6. — César, *de bello gallico*, I, 36. 45. V, 47. VII, 54.—Tite-Live, XXI, 40. — XXXVIII, 16. — Sous l'empire, le terme *prædium stipendiarium* acquiert une autre signification. *Voy.* ci-après, nº 169 et § 92, note 5.

[24] Tels que les *scribæ, accensi, lictores, viatores, præcones*, compris sous la dénomination générale d'*apparitores*, ainsi que l'entretien des esclaves publics. Cf. ci-dessus, nº 66.

ples, des routes, des ponts, des canaux, des aqueducs [25]; les frais du culte et des grandes fêtes nationales; les frais de représentation et les indemnités accordées aux magistrats ou nécessitées par le séjour d'hôtes étrangers; les dépenses de bienfaisance [26], parmi lesquelles il faut surtout signaler les sacrifices faits pour l'achat des grains et denrées, destinés à être vendus ou même à être distribués gratuitement au peuple, etc. [27]. Dans les temps ordinaires, les revenus réguliers suffisaient largement à toutes ces dépenses. Il y eut pourtant parfois des moments de gêne. L'on eut alors recours à des contributions extraordinaires, *tributum temerarium,* et pendant la seconde guerre punique, l'État contracta un emprunt remboursable par annuités et garanti par des terres du domaine public [28]. Depuis la conquête de la Macédoine, l'abondance ne cessa de régner dans le temple de Saturne [29].

81. La république percevait directement par les questeurs le *tributum ex censu*, la *vicesima manumissionum*, les amendes, ainsi que le produit du butin et des terres vendues. Les autres produits étaient régulièrement donnés à ferme par adjudication publique [30]. Le même mode d'adjudica-

[25] C'était, sous la république, de toutes les dépenses la plus considérable. POLYBE, VI, 13. « Τῆς δὲ παρὰ πολὺ τῶν ἄλλων ὁλοσχερεστάτης καὶ μεγίστης δαπάνης, ἣν οἱ τιμηταὶ ποιοῦσιν εἰς τὰς ἐπισκευὰς καὶ κατασκευὰς τῶν δημοσίων. »

[26] *Voy.* ci-après, § 23.

[27] Il nous paraît peu utile d'appuyer de citations les divers articles de dépenses publiques qui précèdent. A propos du dernier, nous nous bornons à faire observer que, dès les premiers temps, on mit la plus grande sollicitude à pourvoir à la subsistance du peuple, en prenant diverses mesures plus ou moins intelligentes pour maintenir le prix des céréales à un taux peu élevé (TITE-LIVE, II, 9. 34. IV, 12. XXXVIII, 35. — DENYS D'HAL., IV, 22. VIII, 70. IX, 25. — Fr. 27, § 3, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 18, § 25, D., *de muneribus* 50, 4). Très-souvent l'État vendait le blé au-dessous du prix d'achat, et une loi *frumentaria* de C. Gracchus (631) fixa le taux de la vente d'une manière très-favorable aux consommateurs. CIC., *Tuscul.*, III, 20, et *Scholia Bob.*, p. 300. 303, Orelli; *de officiis*, II, 17. 21; *Brutus*, 62; *pro Sestio*, 48. — TITE-LIVE, XXX, 26. 50. XXXI, 4. XXXIII, 42. — PLINE, *H. N.*, XVIII, 4. — TITE-LIVE, *epit.* 60. — APPIEN, *de bellis civ.*, II, 21. — PLUTARQUE, *C. Gracchus*, 5. — VELL. PATERC., II, 6. — En 692, le sénat fit des distributions gratuites, et cette mesure, érigée en loi par Clodius (696), acheva la démoralisation du peuple. Cf. ci-après, nº 159, et § 23, note 5.

[28] FESTUS, v. « *Tributorum*, cum sit aliud in capita, aliud ex censu, dicitur etiam quoddam temerarium, ut post urbem a Gallis captam collatum, quia proximis quindecim annis census actus non erat, item bello punico secundo.... — TITE-LIVE. XXIV, 11. XXVI, 35. 36. XXIX, 16. XXXI, 13. XXXIII, 42. — XXXIX, 7. — *Voy.* ci-après, nº 85, note 42.

[29] PLINE, *H. N.*, XXXIII, 3. (17).

[30] *Voy.* ci-dessus, notes 13-15 et 21-23, ainsi que POLYBE, VI, 13 (17). — LEX (THORIA) AGRARIA, c. 8. 42. — VARRON, *de re rustica*, II, 1, 16 : « .... Ad publicanum... inscriptum pecus. » — TITE-LIVE, XXIX, 37. — Nous trouvons en cette matière le terme *agrum fruendum locare*, qui s'entend alors, non pas du bail de la terre même, mais de la ferme du vectigal. D'ordinaire le sénat affermait en bloc le *vectigal* de grandes étendues de terres, que le publicain adjudicataire louait ensuite par petites fractions à des sous-entrepreneurs. C'est pourquoi l'adjudication faite par l'État est représentée tantôt comme constituant un bail à ferme, *locatio*, tantôt comme une vente, *venditio*, du revenu ou du droit de percevoir le *vectigal*. C'est en se plaçant à ce dernier point qu'on appelle le publicain adjudicataire *manceps* ou *redemtor*. On appelait *decumani* les fermiers des dîmes,

tion était suivi pour les fournitures et les travaux publics [31]. Dès avant la seconde guerre punique, nous trouvons à Rome de grandes sociétés organisées pour soumissionner et exploiter ces entreprises, *societates publicanorum* [32]. Ces sociétés, habituellement formées par les chevaliers romains, finirent par avoir le monopole de la ferme des impôts [33], et plusieurs d'entre elles obtinrent d'être reconnues comme corporations légalement constituées [34]. Pour assurer l'exécution de leurs engagements, les personnes et les sociétés qui contractaient avec la république devaient fournir des garanties personnelles et réelles, *cautiones prædibus prædiisque*, sur lesquelles nous aurons à revenir plus tard [35].

Du domaine public en Italie.

82. Nous avons parlé ci-dessus du produit que les terres conquises donnaient à la république. Quel que soit l'intérêt que présente ce sujet à plus d'un point de vue, les limites d'un ouvrage élémentaire nous défendent d'entrer dans les détails en ce qui concerne les provinces de l'empire [1]; mais nous ne pouvons nous dispenser de nous étendre quelque peu sur le sort de l'*ager publicus* en Italie, d'abord à cause de l'importance politique et sociale qu'offre la lutte qui s'engage à ce sujet entre la caste dominante et la plèbe [2], ensuite pour expliquer la transformation complète que subit en Italie la propriété territoriale à la suite de cette lutte et des bouleversements produits par les guerres civiles.

portitores les fermiers des droits de port et de douane, *pecuarii* les fermiers de la *scriptura* des pâturages publics. LEX (THORIA) AGRARIA, c. 41. 42, lin. 85. 87. « *Quæ* ex lege *quam L. Cæcilius Cn. Domitius censores* agris ædificiis locis vectigalibusve publicis fruendis locandis vendundis legem dixerunt, publicano dare oportuit..... magistratus publica vectigalia fruenda locabit vendetve.... » — FESTUS, vv. « *Manceps*, qui quid a populo emit conducitve.... ». « *Venditiones* dicebantur olim censorum locationes quod velut fructus publicorum locorum venibant. » — HYGINUS, 116, 21 (205, Goës) « .... Mancipes autem, qui emerunt lege dicta ius vectigalis, ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque possessoribus. » — ASCONIUS, *in Cic. divinat.*, 10, p. 113, Orelli, et ci-après, t. II, § 218, note 5.

[31] POLYBE, VI, 15 (17). — TITE-LIVE, XXXIX, 44.

[32] TITE-LIVE, XXIII, 48, 49. XXV, 3. 4. 5. XXXIX, 44. XLIII, 16. — *Voy.* ci-dessus, page 88, note 39.

[33] *Voy.* ci-dessus, page 88, notes 39-44. — TITE-LIVE, XXXIX, 44 : « (Censores M. Porcius et L. Valerius) vectigalia summis pretiis, ultro tributa infimis locaverant. Quas locationes cum senatus, precibus et lacrimis publicanorum victus, induci et de integro locari iussisset... »

[34] Fr. 1, D., *quod cuiuscunque universatis nomine agatur* 3, 4. — *Voy.* ci-après, § 21.

[35] *Voy.* ci-après, § 24.

[1] Nous en dirons pourtant encore quelques mots plus loin, en traitant *des provinces*, ci-après, nos 107 et suivants.

[2] Pour développer ce point de vue, nous n'avons cru pouvoir mieux faire que de donner une analyse succincte et fidèle (sauf quelques modifications et observations complémentaires) de l'excellent article de M. ED. LABOULAYE, *Des lois agraires chez les Romains*, qui a paru dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, année 1846, t. II, pages 385-440, et t. III, p. 1-78.

Dans l'origine, la jouissance de l'*ager populi* ne pouvait naturellement appartenir qu'aux membres du *populus*, aux patriciens. Lorsque, par l'organisation de Servius Tullius, la plèbe devint un élément essentiel et actif de la nation, il eût été conséquent et équitable à la fois d'admettre tous les citoyens à la jouissance des terres qui avaient été conquises par leur valeur et au prix de leur sang. Aussi cette vérité fut-elle proclamée par Servius, mais elle ne fut guère consacrée que par des assignations individuelles de peu d'importance, qui se firent parfois sous la république comme il y en avait également eu du temps des rois [3]; et lorsque le consul Sp. Cassius Viscellinus tenta, en 268, de faire une assignation importante et sérieuse, en distribuant les terres conquises sur les Herniques parmi les plébéiens et les alliés latins, il paya de sa vie la proposition qu'il fit à cet effet et que Tite-Live appelle la première loi agraire [4]. Dans les vingt-quatre années qui suivirent la mort de Cassius, nous voyons échouer plusieurs rogations tribunitiennes, tendant à obtenir des assignations en faveur de la plèbe [5], quand, en 300, le tribun Icilius obtint le partage des terres du mont Aventin, *lex Icilia de Aventino publicando* [6]. Cette mesure améliora sans doute très-sensiblement la condition de la plèbe pour un certain temps; mais bientôt les guerres continuelles eurent de nouveau amené la ruine des petits propriétaires, ruine que le système d'usure pratiqué par les riches rendait irremédiable, tandis que ces mêmes guerres augmentaient sans cesse l'étendue et le nombre des

[3] *Voy.* ci-dessus, page 50, note 7.

[4] TITE-LIVE, II, 41. « Tum primum lex agraria promulgata est. » *Voy.* ci-dessus, page 73, note 5. — Nous saisissons cette occasion pour faire observer que le sens défavorable, que l'on attache habituellement au mot « loi agraire », est absolument contraire à la réalité historique. Dans le sens propre du mot, le nom de *lex agraria* revient à toute loi qui se rapporte d'une manière quelconque aux immeubles destinés à la culture. (*Voy.* ci-après, note 60). Il est vrai que fréquemment on se sert du terme pour désigner de préférence les lois agraires ayant un caractère politique; mais même en prenant le mot dans ce sens restreint, l'on se trompe encore grandement quand on prétend que ces lois aient dépouillé les propriétaires de leurs biens pour les partager aux pauvres. Plusieurs des lois agraires étaient favorables aux possesseurs terriens (*voy.* ci-après, notes 31 sqq. 38 sqq.) et même celles qui avaient pour objet de reprendre aux possesseurs actuels une partie de leurs occupations ne portaient aucune atteinte à des droits légitimes : loin de là, elles avaient pour but de faire cesser des usurpations iniques, et ce à l'aide de moyens parfaitement légaux. C'est ce que les adversaires les plus acharnés des lois agraires sont forcés de reconnaître. CIC., *in Rullum*, II, 5. – FLORUS, III, 13. *Voy.* aussi ci-après les notes 13. 17-23.

[5] TITE-LIVE, II, 42. 43. 44. 48. 52. 54. – DENYS D'HAL., IX, 9. 25. 27. 37. 69. — Mentionnons ici que plus d'une fois et notamment en 289, le sénat ne réussit à écarter les demandes tribunitiennes, appuyées par le consul Ti. Æmilius, qu'en établissant une colonie à Antium, ce qui impliquait nécessairement une assignation de terres aux citoyens qui prenaient part à la fondation de la colonie. TITE-LIVE, II, 55 sqq. III, 1. D'autres exemples, II, 48. IV, 51. V, 24, et ci-après, note 9.

[6] TITE-LIVE, III, 31 : « De Aventino publicando lata lex est. » 32 : « Placet creari Decemviros (legibus scribundis) sine provocatione et ne quis eo anno alius magistratus esset. Admiscerenturne plebeii, controversia aliquamdiu fuit : postremo concessum Patribus, *modo ne lex Icilia de Aventino* aliæque sacratæ leges abrogarentur. » – DENYS D'HAL., X, 31. 32.

terres conquises dont la jouissance exclusive favorisa outre mesure l'accumulation des richesses et des moyens d'oppression entre les mains de la caste dominante [7]. Encore les possesseurs des terres réussirent-ils à se soustraire illégalement au payement de la rente qu'ils devaient à l'État du chef de leur occupation, ce qui amenait le double inconvénient, d'une part d'augmenter d'autant les charges qui pesaient sur les autres contribuables, et, d'autre part, de changer de fait en propriété privée ce qui appartenait à la chose publique [8]. Aussi à peine une génération a-t-elle passé depuis la distribution du mont Aventin, que nous voyons recommencer les agitations agraires, mais sans amener aucun résultat sérieux [9], jusqu'à ce que les courageux tribuns, qui conquirent pour la plèbe l'admission au consulat, réussirent également à faire adopter une loi dont l'exécution sincère aurait peut-être pu prévenir la désorganisation sociale dont Rome était menacée, en empêchant la concentration des possessions territoriales entre les mains de l'oligarchie et en développant l'aisance des cultivateurs [10]. La loi agraire de C. Licinius et L. Sextius (378) défendit sous peine d'amende [11] qu'aucun citoyen eût plus de cinq cents *jugera* de terres publiques et envoyât aux pâturages publics au delà de cent têtes de gros bétail et cinq cents têtes de menu bétail. Elle prescrivit, en outre, de n'employer qu'un nombre déterminé d'esclaves et d'employer des hommes libres, au cas que ce nombre n'eût point suffi aux besoins de la culture [12].

83. La loi *Licinia* fut exécutée pendant assez longtemps avec une juste sévérité et produisit d'excellents effets [13]. Cependant on s'ingénia à l'éluder de diverses manières, d'autant plus facilement que l'exécution de

[7] *Voy.* ci-dessus, n° 40.

[8] *Voy.* ci-après, note 64, et ci-dessus, page 91, note 50.

[9] Sauf une rogation impuissante du tribun Poetelius (Tite-Live, IV, 12) qui précède de deux ans l'assassinat du chevalier Sp. Mælius (n° 36), nous ne trouvons aucune trace d'agitation agraire avant 330. A partir de cette année, ces agitations reprennent presque sans interruption, mais habituellement sans succès. Tite-Live, IV, 36. 43. 44. 45. 48. 49. 51. 52. 53. 58. V, 12. — Zonaras, VII, 20. — Cependant, en 369 et en 375, le sénat se vit forcé de décréter la fondation de quelques colonies et de faire procéder au partage du territoire conquis de Véies et de Pomptinum. Tite-Live, V, 24. 30. VI, 5. 21. — Après le meurtre de Manlius, la plèbe est près de succomber, quand C. Licinius Stolo et L. Sextius la relèvent par leurs célèbres rogations. *Voy.* ci-dessus, n° 37.

[10] Les principaux renseignements sur la loi agraire de Licinius se trouvent chez Varron, *de re rustica,* I, 2, 9. — Tite-Live, VI, 35. 36. 37. 39. — Vell. Paterc., II, 6. 3. — Valère-Maxime, VIII, 6. 3. — Pline, *H. N.*, XVIII, 3 (4). — Aulu-Gelle, VII, 3. 37. — Appien, *de bellis civ.*, I, 7. 8.

[11] Tite-Live, VII, 16, et les passages cités ci-après, note 48. — Pline et Valère-Maxime, *ll. citt.*

[12] Appien, *de bellis civilibus,* I, 8.

[13] Aulu-Gelle, XX, I. « Quid salubrius visum est rogatione illa Stolonis iugerum de numero præfinito ? » — M. Laboulaye, *Des lois agraires chez les Romains,* n° 35, a parfaitement résumé les résultats politiques des lois liciniennes dans quelques lignes que nous avons reproduites ci-dessus, page 135, note 8.

la loi était confiée précisément à ceux qui avaient le plus d'intérêt à la violer. Il est probable qu'après la conquête de la Macédoine, elle tomba en désuétude [14] : ce qui est certain, c'est que peu de temps après la première guerre punique, en 522, la misère de la plèbe engagea le tribun C. Flaminius [15] à demander la distribution des terres récemment conquises sur les Gaulois et que, dès le commencement du septième siècle, la désorganisation sociale était arrivée à un degré effrayant [16]. Tous les hommes éclairés de la république étaient pénétrés de la nécessité de mettre fin à cet état de choses et d'employer à cet effet, d'une manière efficace, l'inépuisable ressource du domaine public, lequel, au lieu de répandre le bien-être parmi les cultivateurs, ne servait que de moyen d'oppression entre les mains des optimates usurpateurs [17]. Mais personne n'eut le courage d'affronter le danger que présentait une lutte ouverte avec l'oligarchie, jusqu'à ce que le tribun de la plèbe Tib. Sempronius Gracchus osât reproduire la loi licinienne [18], tout en y apportant des adoucissements et en y ajoutant des dispositions complémentaires. Dans le projet de loi agraire [19] qu'il produisit en 621, Tiberius Gracchus prenait, comme

[14] APPIEN, *de bellis civ.*, I, 8. — Suivant TITE-LIVE, X, 13. 47. XXXIII, 42, des amendes, punissant la violation de la loi licinienne sont prononcées en 455, en 457 et même en 556, si nous pouvons traduire par *éleveur* ou *propriétaire de bestiaux* le mot *pecuarius*, qui souvent aussi désigne les publicains ayant affermé la *scriptura* (*voy.* ci-dessus, page 147, note 30). De deux discours que TITE-LIVE, XLIV, 4, et AULU-GELLE, VII, 3. 37, attribuent aux deux Caton et qui datent de 557 et de 585, l'on pourrait inférer que la loi licinienne était encore en vigueur à ces époques ; mais le fait paraît douteux quand on songe qu'une génération à peine sépare cette dernière date de la loi agraire de Ti. Gracchus.

[15] CIC., *Brutus*, 14. « ... C. Flaminius is, qui tribunus plebis legem de agro Gallico et Piceno viritim dividundo tulerit, qui consul apud Trasimenum sit interfectus... ». — LE MÊME, *de invent. rhet.*, II, 71; *Acad.*, II, s. — VALÈRE-MAXIME, V, 4. 5. — VARRON, *de re rustica*, I, 2. — Cf. POLYBE, II, 21, ci-dessus, page 136, note 10.

[16] A ce que nous avons dit sur ce point ci-dessus, page 136, notes 6 et suivantes, il faut ajouter la harangue reproduite par PLUTARQUE, *Ti. Gracchus*, c. 8, où l'aîné des Gracques, après avoir constaté que l'on peut voyager plusieurs jours dans l'Italie sans rencontrer un homme libre dans les campagnes, s'écrie, en s'adressant à l'assemblée des tribus : « Les bêtes sauvages ont leurs tanières et repaires où elles peuvent se retirer, et ceux qui combattent, qui versent leur sang pour la défense de l'Italie n'y ont à eux que la lumière du soleil et l'air qu'ils respirent : sans maison, sans demeure fixe, ils errent de tous côtés avec leurs femmes et leurs enfants. »

[17] C. Lælius, le confident et l'ami du grand Scipion, l'un des plus hautains chefs de l'oligarchie, avait songé à proposer des réformes analogues à celles des Gracques. PLUTARQUE, *Ti. Gracchus*, c. 8. Au même chapitre, Plutarque dit que « Tiberius fut aidé et soutenu par les hommes qui se trouvèrent au premier rang de la république par la vertu et la gloire, » en citant les noms suivants qui appartiennent aux familles les plus anciennes : P. Mucius Scævola, le plus grand jurisconsulte de l'époque et consul en 621 avec son frère P. Crassus Mucianus, également jurisconsulte distingué et grand pontife; Appius Claudius et P. Licinius Crassus, qui acceptèrent les fonctions de triumvirs *ex lege Sempronia*. *Voy.* ci-après, notes 22-26.

[18] Sur tous les faits, à partir des Gracques, il est essentiel de consulter l'important travail de RUDORFF, *das Ackergesetz des Sp. Thorius*, dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. X, p. 1-194.

[19] Sur la loi de Ti. Gracchus : APPIEN, *de bellis civ.*, I, 9-14. — PLUTARQUE, *Ti. Gracchus*,

Licinius, le chiffre de cinq cents *jugera* comme maximum de la possession des terres publiques permise à tout père de famille (sauf à ajouter deux cent cinquante jugères pour chaque fils, sans que cependant les possessions de la famille pussent jamais excéder mille jugères), et il faisait rentrer dans les mains de l'État le surplus des terres de l'*ager publicus*; mais, d'une part, il transformait en pleine propriété une jouissance qui jusque-là avait été essentiellement révocable et, de l'autre, il accordait une indemnité pour la perte que devaient subir les possesseurs actuels [20]. L'excédant du domaine public, à l'exception de certains territoires réservés à l'État [21], devait être partagé entre les citoyens et les alliés en lots de trente jugères moyennant une rente modérée; mais ces lots étaient déclarés inaliénables [22]. Pour assurer l'exécution des mesures décrétées, les tribus devaient élire tous les ans une commission de trois magistrats, *tresviri agris dandis assignandis* [23].

84. Malgré la résistance opiniâtre et factieuse des optimates, qui surent empêcher le premier vote, la loi *Sempronia* fut enfin votée [24]. Le sénat n'osa rien entreprendre pour en empêcher l'exécution : Tiberius fut lui-même nommé triumvir avec son frère Caius et son beau-père Appius Claudius; mais avant que la commission eût pu commencer ses travaux, la faction conservatrice du sénat, sous la conduite de P. Scipio Nasica, assassina le tribun du peuple au Capitole et dirigea contre le parti populaire des persécutions cruelles. Cependant malgré ce sanglant triomphe, le sénat n'osa s'opposer directement à l'exécution de la loi : la commission des triumvirs fut complétée par le choix de P. Licinius Crassus, beau-père de Caius Gracchus, et commença ses travaux [25]; mais au moyen d'intrigues, ourdies avec autant d'habileté que de perfidie sous le patronage du vainqueur de Carthage, les optimates parvinrent à paralyser et arrêter l'action des triumvirs [26]. Dix ans plus tard, Caius Gracchus reprit l'œuvre de son frère, et la seconde loi *Sempronia agraria* [27], qui n'était

c. 8-14. — Cic., *pro Sestio*, 48; *in Rullum*, II, 12. — Tite-Live, *epit.* LVIII. — Velleius Paterc., II, 2. 3. — Florus, III, 13. 14. — Aurelius Victor, *de viris illustribus*, 64.

[20] Cette indemnité embrassait-elle toute la valeur des fonds repris par l'État, comme le di Plutarque, ou seulement la valeur des améliorations faites par le possesseur, comme le semble dire Appien, I, 11 ?

[21] Savoir le territoire de Capoue et de quelques autres villes voisines, *ager Campanus* et *campus Stellatis*, que César distribua plus tard par sa loi *Campana*. Ci-après, notes 55-57.

[22] Appien, I, 10. 27. — Plutarque, *C. Gracchus*, 9.

[23] Appien, I, 13. — Plutarque, *Ti. Gracchus*, 13.

[24] D'après Plutarque, 15, la seconde proposition de Tiberius n'aurait plus admis l'indemnité dont nous avons parlé à la note 20.

[25] Appien, I, 13. 18. — Plutarque, *Ti. Gracchus*, 13. — Cic., *in Rullum*, II, 12. — Tite-Live, *epit.* LIX. — Velleius Paterc., II, 2. 3.

[26] Appien, I, 18-19. — Cf. Cic., *de rep.*, I, 19. III, 29. VI, 12.

[27] Sur Caius Gracchus : Appien, *de bellis civ.*, I, 21 sqq. — Plutarque, *Caius Gracchus*. — Tite-Live, *epit.* LX. — Velleius Paterc., II, 6, 3; 13, 1. — Florus, III, 13. 15.

que la reproduction de celle de Tiberius, fut exécutée par des assignations et des créations de colonies [28]. Le sénat, après avoir affaibli la popularité de Caius par des rogations plus favorables dont le tribun Livius Drusus leurra la masse de la plèbe [29], eut de nouveau recours aux moyens sanguinaires, et après l'assassinat de Caius et de trois mille citoyens de son parti, les oligarques se crurent assez forts pour suspendre la loi agraire [30]. Toutefois la plaie sociale resta ouverte. Pendant l'ère d'agitations sanglantes que le senat avait ouverte par le meurtre des Gracques et de leurs partisans, de nombreuses rogations agraires surgirent, les unes dictées par la réaction, les autres suivant la tendance opposée, mais toutes empruntant plus ou moins leurs moyens d'exécution aux lois semproniennes.

85. D'après Appien, qui est notre principale source pour cette époque, une loi, rendue peu de temps après Caius Gracchus, permit l'aliénation des terres distribuées par les triumvirs de la dernière loi sempronienne [31]; et une loi de 635, que le même historien attribue au tribun Sp. Borius, défendit les assignations pour l'avenir et transforma les possessions existantes en propriétés privées, à charge d'une rente dont le produit devait être distribué au peuple [32], mais qu'un autre tribun abolit peu de temps après [33]. Appien ne donne ni le nom ni la date de la loi qui abolit la rente; mais d'après un passage de Cicéron, cette mesure impopulaire eut pour auteur le tribun Sp. Thorius [34], et en tenant compte de cette indication, l'on s'est cru autorisé à prendre pour le texte de la loi *Thoria* [35] une inscription dont des fragments considérables nous ont été conservés par une table de bronze qui contient en outre le texte d'une *lex repetundarum* [36]. La partie de cette inscription qui se rapporte aux terres publi-

28 Plutarque, *C. Gracchus*, 5. 9, et les *Gromatici* énumèrent un grand nombre de colonies fondées en vertu de la loi *Sempronia*. *Liber coloniarum*, p. 208 sqq. Lachmann (102 sqq. Goës).

29 Appien, *de bellis civilibus*, I, 26. 27. — Plutarque, *C. Gracchus*, 9.

30 Appien, *de bellis civilibus*, I, 27.

31 Le même, *ibidem*.

32 Le même, *ibidem*.

33 Le même, *ibidem* : « Τοὺς φόρους οὐ πολὺ ὕστερον διέλυσε δήμαρχος ἕτερος. »

34 Cic., *Brutus*, 36 : « Sp. Thorius satis valuit in populari genere dicendi, is qui agrum publicum vitiosa et inutili lege vectigali levavit. » Cf. Cic., *de oratore*, II, 70.

35 Cf. ci-après, notes 37 sq. et 40 sq.

36 *Voy.* ci-dessus, page 6, nº 1. — Cette opinion a été vigoureusement combattue dans les derniers temps. D'après une hypothèse, approuvée par Rudorff (qui, dans son travail cité ci-dessus, à la note 18, suit encore l'opinion commune), il faudrait donner le nom de *lex Thoria* à celle dont nous avons parlé à la note 32, en lisant dans Appien : Σπ. Θόριος au lieu de Σπ. Βόριος. Il est difficile de concilier cette hypothèse avec le passage de Cicéron, *Brutus*, 36, que nous avons transcrit à la note 34. On propose, à la vérité, d'entendre ce passage comme si Cicéron avait voulu dire que « Sp. Thorius avait délivré le domaine public d'une loi vicieuse (qui serait la loi Sempronia) en le grevant d'une rente, vectigali, *scilicet* imposito. » Mais plutôt que de prêter un pareil barbarisme à Cicéron, nous devons admettre qu'Appien s'est rendu coupable d'une confusion

ques de l'Italie renferme en effet une disposition qui abolit tout *vectigal* [37] à l'égard des terres actuellement occupées en Italie, dont elle attribue la propriété libre et entière aux possesseurs [38], citoyens ou alliés [39]; pourvu que l'étendue des possessions n'excède pas le maximum légal et qu'elles n'aient pas pour objet des fonds appartenant aux territoires expressément réservés à l'État. La même loi autorise des occupations nouvelles à titre de propriété d'une étendue de trente jugères [40] et l'usage gratuit des pâturages publics jusqu'à concurrence de dix têtes de gros bétail et de cinquante têtes de menu bétail [41]. Enfin elle confirme les attributions vectigales faites aux créanciers de l'emprunt national contracté à l'occasion de la seconde guerre punique [42], et donne aux consuls, préteurs, censeurs et propréteurs la juridiction des contestations concernant l'exécution de la loi [43]. Le reste du texte de l'inscription s'occupe des terres publiques situées en Afrique et dans le territoire de Corinthe [44]. Depuis

de noms ou de faits. Il est vrai que cet auteur est précieux pour nous à cause des bonnes sources qu'il a eues à sa disposition; mais dans les détails il commet souvent des erreurs, et le passage dont il s'agit est tel qu'il nous autorise à y soupçonner une certaine confusion. Pourquoi, en effet, l'historien, après avoir nommé l'auteur de la première loi, ne donne-t-il pas aussi le nom de l'auteur de la seconde, se bornant à parler d'un δήμαρχος ἕτερος? En présence de ces faits, nous avons cru pouvoir (non pas donner, mais) conserver le nom sous lequel on est habitué, depuis trois siècles, à désigner cette inscription, tout en indiquant par des parenthèses qu'il est douteux : LEX (THORIA) AGRARIA, comme nous le faisons également pour les lois (ACILIA) REPETUNDARUM et (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA.

[37] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 8, lin. 19. 20. « ... SCRIPTURA.... VECTIGALIA.... »

[38] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 1-3. 5. 9. 12-15 (lin. 1-14. 15 sq. 20 sqq. 27-30). Le chapitre 12 (lin. 27) veut que le possesseur qui aurait acquis sa possession au moyen d'un échange contre des propriétés héréditaires, PRO PATRITO REDEMTUM, ait son fonds comme PRIVATUS, UTI QUI OPTIMA LEGE PRIVATUS EST, tandis que, dans les autres chapitres, nous trouvons le mot PRIVATUS tout court. Est-ce à dire que le droit de propriété accordé dans le chapitre 12 soit plus étendu? RUDORFF, p. 57. 61, se prononce pour l'affirmative, sans préciser pourtant les différences qui auraient caractérisé les deux hypothèses. Dans tous les cas, il est certain que le droit de l'*ager privatus* tout court est le *dominium ex iure Quiritium*.

[39] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 9 (lin. 15). Le chapitre 14 (lin. 29) étend même le bénéfice de la loi aux concessions légalement faites à des Latins et à des pérégrins.

[40] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 3 (lin. 13 sq.).

[41] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 10 (lin. 24 sq.), comparé avec le chapitre 4 (lin. 14), qui autorise le pacage gratuit de dix et cinquante têtes de bétail dans les *compascua*, c'est-à-dire les pâturages occupés *conjointement* par plusieurs possesseurs.

[42] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 16 (lin. 31 sqq.). Les terres concédées à ces créanciers étaient appelées *ager trientius tabuliusque* ou *trientabulus*, pour indiquer qu'elles avaient été données en payement du tiers de l'emprunt consigné dans les *tabulæ publicæ*, les deux autres tiers ayant été remboursés en argent. *Voy.* ci-dessus, page 147, note 28, et TITE-LIVE, XXXI, 13. « Ut, si quis, cum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo. » LE MÊME, XXXIII, 42.

[43] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 17. 18 (lin. 33-42).

[44] AFRICA, c. 19-40 (lin. 39-95). CORINTHUS, c. 40. 41 (lin. 96-105). — La loi s'occupait certes encore de bien d'autres objets, car les fragments que nous possédons ne forment probablement qu'un tiers de la table entière.

cette importante loi, qui date de 643 environ [45], jusqu'à la dictature de Sulla, nous trouvons la rogation populaire de L. Marcius Philippus (650), que son auteur laissa échouer pour complaire à la noblesse [46]; celle de L. Appuleius Saturninus (654), qui eut pour but de faire distribuer des terres provinciales aux vétérans de Marius [47] et que S. Titius tenta en vain de reprendre en 655 [48]; enfin la loi de M. Livius Drusus, le fils du rival de C. Gracchus, qui décréta la distribution de tout ce qui restait du domaine public en Italie, mais qui fut annulée par le sénat comme ayant été rendue au mépris des auspices [49], et encore une loi *Plautia* (665) dont la teneur est inconnue [50].

86. La loi *Cornelia* de Sulla (673), qui donne des terres aux vétérans du dictateur, est le premier exemple d'une loi agraire violant la propriété privée en même temps qu'elle dispose du domaine public [51]. Après Sulla, nous devons mentionner la motion de P. Servilius Rullus, que Cicéron crut devoir combattre et qu'il fit échouer en 691 [52]. Ce qui n'empêcha point le grand orateur, trois années plus tard, de soutenir, tout en l'amendant, une loi *Flavia* qui consacrait des moyens analogues à ceux qu'il avait combattus avec tant de vigueur dans ses harangues contre Rullus : il est vrai que cette rogation, qui, au reste, échoua, avait pour objet de récompenser les vétérans de Pompée [53]. Enfin, dans son premier consulat (695), Jules César fit, malgré l'opposition de Cicéron, passer deux lois agraires [54], dont l'une, connue sous le nom *Campana* [55], adop-

45 Rudorff, *l. l.*, pages 45 et suivantes.

46 Cic., *de officiis*, II, 21. C'est en défendant cette rogation que Philippus affirma qu'il n'y avait pas deux mille citoyens qui eussent un patrimoine : « Non esse in civitate duo millia qui rem haberent. » *Voy.* ci-dessus, page 91, note 53.

47 Appien, *de bellis civ.*, I, 29. 30. – Tite-Live, *epit.* LXIX. – Florus, III, 16. – Cf. Cic., *in Rullum*, II, 27; *pro Sestio*, 16. – Valère-Maxime, III, 8, 4. – Aurelius Victor, *de viris illustr.*, 62. 73. — Malgré la grande agitation que provoquèrent les lois d'Appuleius Saturninus, elles ne nous intéressent guère, parce qu'elles ne s'occupent que de terres provinciales.

48 Cic., *Brutus*, 62; *de legibus*, II, 6; *pro Rabirio*, 9; *de oratore*, II, 11. – Florus, III, 16.– Jul. Obsequens, *de prodigiis*, 106. – *Voy.* aussi ci-après, nº 118 *in fine*.

49 Appien, *de bellis civ.*, I, 35. 36. – Tite-Live, *epit.* LXXI. – Valère-Maxime, IX, 5. 2. – Florus, III, 17. – Aurelius Victor, *de viris illustr.*, 66. – Cic., *de legibus*, II, 6, et ci-après, § 41, note 13. — L'on sait que Livius Drusus fut assassiné.

50 Cic., *ad Atticum*, I, 16 : « Agraria autem promulgata est a Flavio *sane levis, eadem fere quæ fuit Plautia.* »

51 Appien, *de bellis civ.*, I, 100.–Cic., *in Rullum*, II, 28. III, 2. 3; *pro domo*, 30.–Salluste, *Histor. fragm.*, I, 6. – Tite-Live, *epit.* LXXXIX. *Voy.* aussi ci-après, notes 66 sqq.

52 C'est à cette occasion que Cicéron prononça les trois harangues célèbres *de lege agraria contra Rullum. Voy.* en outre le même, *in Pisonem*, 2. – Pline, *H. N.*, VII, 30. – Plutarque, *Ciceron*, 12.

53 Cic., *ad Atticum*, I, 18. 19. – Dion Cassius, XXXVII, 50.

54 Cic., *ad Atticum*, II, 18, 2. – Tite-Live, *epit.* CIII. – Appien, *de bellis civ.*, II, 10.

55 On trouve l'historique de cette loi *Julia Campana* (*voy.* la note 57) dans Cic., *ad Atticum*, II, 16. 18; *ad familiares*, XIII, 4; *Philipp.*, II, 39. V, 19, et *Scholia Bob. in Planc.*, 22 et *in*

tant les principes et les moyens d'exécution de la loi *Flavia,* distribua aux vétérans et citoyens pauvres ayant au moins trois enfants [56] le territoire réservé de la Campanie [57], tout en ordonnant encore d'autres distributions de terres publiques et l'achat, aux frais du Trésor, de vastes propriétés privées, pour être également partagées aux vétérans et à la plèbe. Toutes ces assignations étaient déclarées inaliénables. Cette loi *Iulia Campana* (si nous faisons abstraction de la loi agraire d'Antonius, votée en 710 et abolie l'année suivante [58]), clôt la série des lois agraires politiques : car les actes arbitraires par lesquels les seconds triumvirs distribuent des terres et fondent des colonies militaires ne sont point des lois [59]; et les lois agraires mentionnées sous les premiers empereurs n'ont aucun caractère politique [60].

87. Après cet exposé, il suffira de peu de mots pour esquisser le mouvement de la propriété territoriale en Italie, depuis les temps les plus reculés jusque sous l'empire. — Dans l'origine, la propriété privée fut sans importance; elle se bornait aux terres que les conquérants avaient laissées aux plébéiens vaincus et aux deux jugères qui furent attribuées à chaque famille des *patres,* mesure qui suffisait pour leur donner une habitation aisée, le domaine public fournissant largement aux autres besoins de la vie. Il est facile à comprendre que les assignations faites sous Ancus Martius et Servius Tullius ne modifièrent guère cet état de choses : encore, vers le milieu du quatrième siècle, la propriété territoriale privée avait peu d'étendue et se trouvait, pour la plus grande partie, entre les mains des plébéiens [61]. Cependant l'importance de cette propriété s'accrut lentement par les distributions qui depuis lors eurent lieu plus fréquemment, tantôt à titre onéreux, au moyen de ventes publiques faites par les questeurs, *agri quæstorii,* tantôt à titre gratuit, *agri assignati.* Les assignations se faisaient soit directement aux habitants de Rome et même des

Vatin., 6 (p. 263. 317, Orelli). — Tite-Live, *epit.* CIII. — Suétone, *César*, 20. — Velleius Paterc., II, 44. — Appien, *de bellis civ.*, II, 10. — Dion Cassius, XXXVIII, 1-7. — Plutarque, *Cato minor*, 31-33.

[56] Cicéron, *Philipp.*, II, 39. V, 19, ne mentionne que *milites* et *veterani* à propos de l'*ager Campanus*. Suétone, Velleius et Appien parlent de *cives* en général, de *plebs* et de pauvres.

[57] C'est pourquoi Cicéron donne le nom de *lex Campana* à notre loi. Les terres que Ti. Gracchus avait réservées à l'État (*voy.* ci-dessus, note 21) comprennent le territoire de Capoue et de quelques autres villes voisines, *ager Campanus* et *campus stellatis*. Cic., *in Rullum*, I, 7. II, 31. 32. — Suétone, *César*, 20. — Cf. Tite-Live, IX, 44. X, 31. XXII, 13.

[58] Cic., *Philipp.*, V, 3. VI, 5. XI, 6. XIII, 15. 18. — Dion Cassius, XLV, 9. — Les Tables d'Osuna, c. 104, disent que la *colonia Genetiva Julia* fut créée en vertu d'une loi *Antonia.*

[59] *Voy.* ci-après, note 72.

[60] *Voy.* ci-après, nº 179.

[61] *Voy.* ci-dessus, page 71, note 12, et les autorités qui y sont citées, auxquelles il faut ajouter Tite-Live, IV, 48 (*voy.* ci-après, note 64). Rappelons ici que la distribution du mont Aventin, faite en vertu de la loi Icilia, avait dû accroître le nombre des petits propriétaires plébéiens. *Voy.* ci-dessus, note 6.

villes alliées, soit par la fondation de colonies dans un territoire éloigné dont une partie était alors concédée au nouvel établissement pour être distribuée aux colons [62]. Dans tous les cas, ces assignations ou ventes, qui se faisaient toujours après un mesurage officiel (de là *agri divisi, limitati*) et sous la garantie de la nation, donnaient naturellement aux acquéreurs la propriété pleine et entière des terrains assignés ou vendus, *dominium ex iure Quiritium* [63]. Une certaine partie du domaine public fut ainsi successivement changée en propriété privée, *ager ex publico factus privatus*. Une partie plus notable fut enlevée au domaine public par l'usurpation des possesseurs qui, en s'affranchissant de la rente, finissaient par faire perdre à leurs terres, *agri occupatorii*, le caractère de propriété nationale [64]. Enfin les distributions qui furent opérées après la loi *Sempronia* durent considérablement diminuer le domaine public et accroître l'étendue de l'*ager privatus*, sans que l'on parvînt pourtant à atteindre le but que Licinius et les Gracques s'étaient proposé et qui était d'extirper le paupérisme et de créer une nombreuse et puissante classe de cultivateurs libres [65].

88. Les événements qui suivirent les guerres civiles entre Marius et

[62] Comme nous l'avons dit ci-dessus, page 50, note 7, le lot des assignations faites à la plèbe dans les premiers temps paraît avoir été habituellement de sept jugères pour chaque père de famille. VARRON, *de re rustica*, I, 2. 9. – TITE-LIVE, V, 24. 30. – PLINE, *H. N.*, XVIII, 4 : « Manii quidem Curii... nota concio est : *Perniciosum intelligi civem, cui septem iugera non essent satis.* » Hæc autem mensura plebei post exactos reges assignata est. » – COLUMELLA, *de re rustica*, 3 : « Ideoque post exactos reges Liciniana illa septena iugera quæ plebis tribunus viritim diviserat, maiores quæstus antiquis retulere quam nunc nobis præbent amplissima vetereta... Curius Dentatus... hac plebeia mensura contentus fuit. » – VALÈRE-MAXIME, IV, 3. 5. IV, 4. 6. 11. — Le lot de terres attribué aux fondateurs d'une colonie était, dans l'origine, comme celui des fondateurs de Rome, de deux jugères par colon. *Voy.* ci-dessus, page 49, note 3, et TITE-LIVE, IV, 47; mais dans la suite nous trouvons des lots de 3 $^{7}/_{12}$, 2 $^{1}/_{2}$, 6 jugères (LE MÊME, V, 24. VI, 26. XXXIX, 44) de 5, 8, 10 jugères (LE MÊME, XXXIX, 55. XL, 29). En 577, il y eut même assignation de 50 et de 50 $^{1}/_{2}$ jugères pour la fondation des colonies de Bononia et de Luca. TITE-LIVE, XXXVII, 57. XLI, 13.

[63] Les preuves de tout ce qui précède se trouvent ci-dessus, aux nos 14. 15. 79. 82. A propos des assignations, rappelons une observation déjà faite, page 50, note 7, savoir, que les terres assignées s'appelaient aussi *viritani*. FESTUS, v. « *Viritanus* ager dicitur, qui viritim populi distribuitur. »

[64] TITE-LIVE, IV, 36 : « Vectigali possessoribus agrorum imposito in stipendium militum erogandi æris. » 48 : « Et cum rogationem promulgarent (tribuni) ut ager ex hostibus captus viritim divideretur, magnæque partis nobilium eo plebiscito publicarentur fortunæ (nec enim ferme quidquam agri, ut in urbe alieno solo posita, non armis partum erat, nec quod venisset adsignatumve publice esset præterquam plebs habebat) atrox plebi patribusque propositum videbatur certamen. » XLII, 1 : « Paullatim proferendo fines. » 19 : « Eodem anno... magna pars agri Campani quem privati sine discrimine passim possederant, recuperata in publicum erat. » — DENYS D'HAL., VIII, 74. — APPIEN, *de bellis civ.*, I, 7. 10. 27. 36. — HYGINUS, *Gromatici*, p. 116, 1 (205 Goës), après avoir parlé des *agri quæstorii*, continue : « Vetustas tamen longi temporis plerumque pæne similem reddidit occupatorum agrorum conditionem. » *Voy.* aussi TACITE, *Annales*, XIV, 18 et ci-dessus, page 91, note 50.

[65] *Voy.* ci-dessus, nos 40. 41. 73. 82 sqq.

Sulla, dans lesquelles des villes entières furent dépeuplées et détruites, n'ébranlèrent pas moins la propriété privée que les institutions politiques de Rome. Par suite de ces destructions et confiscations immenses [66], il y eut, après la défaite du parti de Marius, une telle abondance de terres sans maître que Sulla ne parvint pas à l'épuiser [67], malgré les innombrables distributions qu'il fit à ses vétérans, tant dans les environs de la ville que dans les autres parties de l'Italie où il établit des colonies militaires [68]. Les assignations de Sulla avaient été, comme celles des Gracques, déclarées inaliénables, mais la défense fut illusoire : les vétérans débauchés, incapables de se consacrer à la culture, s'empressèrent de vendre leurs terres, et bientôt l'Italie fut de nouveau remplie de *latifundia* [69]. La loi *Julia Campana* créa, à la vérité, un assez grand nombre de petits propriétaires [70], mais cette amélioration fut de courte durée, parce que les abus qui avaient suivi les distributions de Sulla ne tardèrent pas à se reproduire : d'ailleurs César, étant devenu dictateur perpétuel, ne tarda pas à suivre l'exemple de son prédécesseur, en disposant des propriétés privées comme du domaine public [71]. Enfin les seconds triumvirs, notamment Antoine et Octave, dépassèrent en mesures arbitraires tout ce qui avait été osé avant eux. Dans les distributions qu'ils firent et dans la dotation des colonies militaires qu'ils organisèrent, ils n'épargnèrent rien, et jamais on ne vit un bouleversement pareil des fortunes et de la propriété territoriale [72]. Il resta pourtant toujours en Italie des étendues assez considérables de domaine public, mais presque toutes usurpées par les municipes et colonies [73]. Vespasien et Titus les restituèrent en partie à l'État; mais Domitien les rendit aux anciens possesseurs [74]. Sous les empereurs suivants, nous ne trouvons plus guère de

66 Appien, *de bellis civ.*, I, 94-96. — Cic., *in Rullum*, III, 3; *ad Atticum*, I, 19. — Florus, III, 21. 23. — Strabon, V, p. 329. — Suivant Tite-Live, *epit.* XC, Sulla distribua, dans l'année qui précéda sa mort, des terres privées confisquées aux soldats de quarante-sept légions.

67 Témoin les lois *Servilia Rulli, Flavia, Iulia Campana, voy.* ci-dessus, notes 52-58. *Voy.* aussi Cic., *in Rullum*, II, 26. III. 3.

68 C'est de Sulla que datent les *colonies militaires* dont nous parlerons encore ci-après, nº 103.

69 Salluste, *Catilina*, 16. — Cic., *in Catil.*, II, 99; *in Rullum*, II, 26. *Voy.* aussi ci-dessus, page 91, note 53.

70 *Voy.* ci-dessus, notes 57 et 58.

71 Suétone, *César*, 38, combiné avec Appien, *de bellis civ.*, I, 141.

72 Appien, *de bellis civilibus*, IV, 3. V, 12. 14. 22. — Tite-Live, *epit.* CXX. CXXV. — Velleius Paterculus, II, 74. — Suétone, *Octave*, 13. 46. — Florus, IV, 3. 5. — Cf. Vergile, *Eclogæ*, I, 71 sq.

73 Frontin, p. 21, 1 sqq. (60 sqq. Goës) et *passim*. Ces terres étaient naturellement, comme toutes les terres usurpées, *agri arcifinii*. Cf. ci-dessus, page 51, note 12, et ci-après, § 101, notes 7 sqq..

74 Hyginus, p. 122, 20 (210, Goës) : « Lapides quoque inscripti nomine Divi Vespasiani sub clausula tali, OCCUPATOS A PRIVATIS FINES POPULO ROMANO RESTITUIT. » Ces usurpations avaient surtout lieu à l'égard des SUBCESIVA, c'est-à-dire des pièces de terre qui, n'étant pas comprises dans

terres publiques que sur les frontières de l'empire [75], et une ordonnance d'Honorius (423 de l'ère chrétienne) abolit les derniers restes de l'institution, en attribuant aux possesseurs la propriété pleine et entière des parcelles qu'ils détenaient [76].

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE A ROME.

De la justice criminelle †.

89. L'égalité devant la loi ayant été consacrée dès le commencement de l'époque dont nous nous occupons, le législateur, en créant cette situation nouvelle, devait la mettre en harmonie avec le principe fondamental de la souveraineté nationale. C'est ce que fit, en effet, la loi des Douze Tables [1], en attribuant au *comitiatus maximus*, c'est-à-dire, aux comices des centuries, la connaissance de tous les crimes entraînant une peine capitale [2]. Quant aux méfaits moins graves, il est probable qu'ils restaient, pendant les premiers temps, fréquemment impunis; mais les magistrats de la plèbe ne tardèrent pas à déférer les actes qui leur

l'arpentage des *agri assignati* ou *divisi*, restaient *ager publicus*. Domitien consacra ces usurpations et en attribua expressément la propriété (arcifinale) aux détenteurs. Siculus Flaccus, *Gromatici*, 162, 20 (23 sq. Goës). — Aggenus, *Grom.*, 8, 22; 20, 23; 81, 22 (50. 59. 68 sq. Goës). — (Simplicius), *Grom.*, 284, 6 (87 Goës). — Suétone, *Domitien*, 9.

[75] Ces terres étaient en grande partie concédées à des particuliers, le plus souvent aux soldats et vétérans à titre de propriété (arcifinale), mais toujours révocable. *Voy.* ci-après, nº 230 et § 146, note 4 *in fine*.

[76] L. un. Th. C., *de rei vindicatione* 2, 23.

† Le droit criminel est une des matières les plus difficiles, les plus compliquées et on peut dire les plus embrouillées de l'histoire du droit public de Rome. Parmi les nombreux ouvrages qui ont été publiés dans les derniers temps à ce sujet, nous signalons : Geib, *Geschichte des römischen Criminal-processes bis zum Tode Justinians*. Leipzig, 1842. — Rein, *Das Criminalrecht der Römer*. Leipzig, 1844. — Ed. Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats*. Paris, 1845. — F. Walter, *Histoire du droit criminel chez les Romains*, traduite par M. J. Picquet-Damesme. Paris, 1863. — A. W. Zumpt, *Das Criminalrecht der römischen Republik*. 4 tomes. Berlin, 1865. — Le même, *Der Criminalprocess der römischen Republik*. Leipzig, 1871.

[1] Quelle fut la situation dans les premiers temps de la république, avant que la loi des Douze Tables eût consacré l'égalité devant la loi? D'après Denys d'Hal., VII, 59, l'assemblée des centuries aurait été, comme plus tard, le juge compétent de tous les citoyens. Il est cependant peu probable qu'à cette époque déjà les patriciens aient renoncé à être jugés par leurs pairs. Quoi qu'il en soit, quand même on voudrait admettre la manière de voir de Denys, il est évident que les patriciens étaient toujours assurés de l'impunité quand il s'agissait de faits politiques (cf. ci-dessus, page 73, notes 2. 3). C'est ce qui explique la tentative des tribuns de les attraire devant les tribus et le succès de la tentative malgré la vive résistance que les patriciens y opposèrent dans les premiers temps.

[2] *Voy.* ci-après, nºs 90 et 92. — Ne nous occupant ici que des *iudicia publica*, nous faisons abstraction de la juridiction pénale qu'on reconnaît au père de famille, aux corporations autonomes et au grand pontife (bien que cette dernière ait un caractère public, surtout à cause de l'appel au peuple), en renvoyant pour ces matières aux nºs 10. 17, et au tome III, §§ 305. 327.

paraissaient punissables aux assemblées des tribus, qui se trouvent ainsi appelées à participer également à l'administration de la justice criminelle. Ainsi, pendant plus de dix générations, le peuple exerce lui-même directement le pouvoir judiciaire en matière pénale; mais à partir du septième siècle, on prit l'habitude de déléguer l'exercice de ce pouvoir à des tribunaux permanents, *quæstiones perpetuæ,* qui finirent par devenir assez nombreux pour absorber en grande partie les *iudicia publica.* — On dit parfois que le sénat et les magistrats étaient aussi de droit investis du pouvoir judiciaire en matière pénale; mais cela n'est conforme ni à l'esprit de la constitution romaine, ni aux faits historiques.

En ce qui concerne le sénat, nous avons le témoignage le plus imposant, celui de Polybe, qui nous dit bien formellement que ce corps, si puissant sous d'autres rapports, n'exerce aucune juridiction à l'égard des délits publics entraînant peine capitale, à moins d'y être autorisé par le peuple [3]. Il est vrai que nous trouvons de nombreuses poursuites suivies d'exécutions capitales, que le sénat ordonne sans aucune participation des comices. Mais ces faits s'expliquent, soit par la nature particulière de l'acte criminel qui soumet les prévenus (étrangers ou alliés) à l'arbitraire administratif [4], soit par la raison que les poursuites constituent, non pas des jugements réguliers, mais des mesures de salut public que le sénat ose prendre parce qu'il est certain de l'approbation du peuple ou qu'il se croit assez fort pour le braver [5]. C'est à ce dernier ordre d'idées qu'appartiennent les poursuites décrétées à l'occasion des nombreux cas d'empoisonnement qui deux fois jetèrent l'épouvante dans les esprits [6], les mesures prises à l'occasion des Bacchanales [7], les exécutions des amis et partisans des Gracques [8], l'instruction dirigée contre les complices de Catilina [9]. Quand il a recours à de pareils procédés, le sénat prononce

[3] Polybe, VI, 16, 1. 2.... « Ἥ γε μὴν σύγκλητος πάλιν, ἡ τηλικαύτην ἔχουσα δύναμιν, ... τὰς δ'ὁλοσχερεστάτας καὶ μεγίστας ζητήσεις καὶ διορθώσεις τῶν ἁμαρτανομένων κατὰ τῆς πολιτείας, οἷς θάνατος ἀκολουθεῖ τὸ πρόστιμον, οὐ δύναται συντελεῖν, ἂν μὴ συνεπικυρώσῃ τὸ προβεβουλευμένον ὁ δῆμος. » — Cf. Tite-Live, XXVI, 33. « Per senatum agi de Campanis qui cives romani sunt, iniussu populo non video posse; idque apud maiores nostros.... factum est. » Ces témoignages précis ne reçoivent aucune atteinte par des phrases déclamatoires, comme nous en trouvons chez Cic., *in Catilinam*, III, 3; *pro Sestio*, 24; *in Pisonem*, 7, et surtout *pro domo*, 13. — Des poursuites dirigées par le sénat en vertu d'une autorisation du peuple sont mentionnées par Tite-Live, XXVI, 33 sq. XXXVIII, 54. XLVI, 21.

[4] Cf. ci-dessus, n° 49, et Polybe, VI, 13, 4. Exemples : Cic., *Brutus*, 22. — Tite-Live, X, 1. XXVIII, 10. XXIX, 20. 36. XXXI, 12. XXXII, 1. 26. XXXIII, 36. XXXIX, 3. 38. 41. XL, 19. 37. 43. XLIII, 2. 7. 8. *epit.* LIV.

[5] *Voy.* les citations des quatre notes suivantes, et Polybe, VI, 13. — Tite-Live, XXXIV, 44. — Cf. Denys d'Hal., V, 53. 57.

[6] Tite-Live, VIII, 18. XXXIX, 41. XL, 37. 44. — Valère-Maxime, II, 5, 3.

[7] Tite-Live, XXXIX, 14 sqq. XL, 19.

[8] *Voy.* ci-dessus, page 137, note 16.

[9] Cic., *in Catilinam.* — Salluste, *Catilina*, 29-55. — Appien, *de bellis civilibus,* II, 3-6. — Ci-

rarement lui-même [10]; habituellement il délègue l'instruction et l'exécution à un ou plusieurs magistrats, *quæstores, quæsitores* [11]. Dans tous les cas, le magistrat qui agit en suite d'un mandat de ce genre, le fait sous sa responsabilité personnelle, responsabilité qui naturellement est peu redoutable quand l'acte extralégal est approuvé par l'opinion publique [12]. — Aucune magistrature n'implique de droit une délégation de juridiction criminelle, en ce sens que le magistrat aurait pu, de sa seule autorité, juger et punir des crimes. C'est à tort qu'on fait entrer dans cet ordre d'idées le droit de coercition qui, à des degrés différents, appartient à tous les magistrats [13]. Ce droit est une attribution du pouvoir exécutif, qui s'exerce sans débats et sans défense [14]. Mais aussi le citoyen peut-il prévenir l'exécution de l'ordre dont il est menacé, en réclamant l'intercession des autres magistrats, notamment des tribuns [15] ou en appelant au peuple, devant la majesté duquel le prestige du fonctionnaire s'évanouit, les deux parties luttant à armes égales [16]. Nous avons vu d'ailleurs plus haut que le pouvoir d'infliger des amendes, *multæ*, fut restreint de bonne heure et que les célèbres lois *Porciæ* comminaient des peines sévères contre le magistrat qui se permettrait des voies de fait contre un citoyen romain [17]. Tout cela prouve clairement que le droit de coercition n'a rien de commun avec l'exercice de la justice criminelle [18]. Pourtant nous voyons fréquemment des magistrats exercer le pouvoir judiciaire et prononcer des peines, même capitales; mais quand ils agissent ainsi, c'est toujours en vertu d'une délégation [19] émanant du

CÉRON lui-même (IV, 5) ne dissimule pas l'irrégularité (pour ne pas dire plus) de la procédure : il constate que plusieurs sénateurs avaient quitté la séance, *ne de capite videlicet civium romanorum sententiam ferant*, et il prête à César un singulier sophisme qui a pour but d'excuser ou de justifier le procédé : « Legem Semproniam esse de civibus romanis constitutam : qui autem reipublicæ sit hostis, eum civem nullo modo esse posse? »

[10] Il le fit dans la conjuration de Catilina et dans quelques autres cas, mentionnés par DENYS D'HAL., V, 60. – TITE-LIVE, XXXIV, 44. XXXIX, 18. – VALÈRE-MAXIME, IV, 1. 7. – PLUTARQUE, *Marcellus*, 25.

[11] *Voy.* ci-après, note 19.

[12] Cependant P. Popilius Lænas, qui s'était fait le bourreau des partisans de Ti. Gracchus, dut s'exiler pour échapper aux poursuites dont le menaçait la loi *Sempronia* de Caius, dont nous parlerons ci-après, note 25. Cicéron lui-même, malgré les ovations qui lui furent prodiguées à cause de l'énergie avec laquelle il avait réprimé la conjuration de Catilina, se vit, cinq ans plus tard, forcé de quitter la patrie. CICÉRON, *passim*. – TITE-LIVE, *epit*. CIII. – VELLEIUS PATERC., II, 45. – APPIEN, *de bellis civ.*, II, 15 sq.–PLUTARQUE, *Cicéron*, 30 sqq.

[13] *Voy.* ci-dessus, nº 53, page 107, note 20.

[14] Ceci seul suffirait pour justifier la conclusion que nous formulerons ci-après, note 18.

[15] *Voy.* ci-dessus, nºs 52. 53.

[16] Aussi emploie-t-on les mots *certare, certatio*, même *altercatio*, pour désigner les débats qui ont lieu ensuite d'un appel au peuple. TITE-LIVE, I, 26. VIII, 33. XXV, 3. XL, 42.

[17] *Voy.* ci-dessus, nºs 52. 53.

[18] Cf. ci-dessus, notes 14-16.

[19] Délégation qui peut conférer le même pouvoir à de simples particuliers. CIC., *de finibus*,

sénat [20] ou du peuple, soit de la nation entière, soit même simplement de la plèbe [21]. Quand la délégation implique pouvoir de juger, il y a naturellement appel au peuple, à moins que le décret qui institue la *quæstio* n'en ait dispensé [22].

90. Après cette digression, revenons aux jugements publics, *iudicia publica*. La loi du Douze Tables (nous avons eu l'occasion de le dire plus d'une fois) avait fait du *comitiatus maximus* le suprême tribunal criminel des citoyens romains : les comices des centuries pouvaient seuls statuer sur des accusations capitales [23], c'est-à-dire des accusations entraînant la privation de la vie ou du droit de cité [24]. Cette disposition fut de nouveau sanctionnée (631) par la loi *Sempronia* de Caius Gracchus [25]. Cependant, comme la législation était loin d'avoir prévu tous les méfaits qui, dans le cours des siècles, pouvaient se produire, les magistrats de la plèbe crurent de leur devoir de déférer les actes qui leur paraissaient punissables à l'assemblée des tribus, qui naturellement ne pouvait prononcer que des peines pécuniaires, *multæ* [26]. On a l'habitude de présenter cette

II, 16. — Salluste, *Jugurtha*, 40. — Tite-Live, IV, 51. « Ut .... plebes præficeret quæstioni quem vellet. » — Cf. Asconius *in Milon. arg.*, p. 39, 17, Orelli.

[20] Il suffira de citer les exemples suivants : Cic., *Brutus*, 22. — Tite-Live, IX, 26. X, 1. XXVIII, 10. XXIX, 20. 36. XXXI, 12. XXXII, 26. XXXIII, 36. XXXVII, 44. XXXIX, 3. 14. 41. XL, 19. XLII, 21. XLIII, 2. XLV, 16.

[21] Nous croyons utile de transcrire ici un passage de Tite-Live, IV, 51, qui est intéressant à plus d'un titre. Cet auteur nous raconte que le meurtre du tribun consulaire, M. Postumius, commis en 341 par ses soldats mutinés, étant resté impuni par suite de l'opposition des tribuns, le sénat réussit, en 3421 à faire élire des consuls et prit ensuite un décret « ut de quæstione Postumianæ cædis tribuni..... ad plebem ferrent, plebesque præficeret quæstioni quem vellet. » Puis le récit continue : « A *plebe* consensu *populi* consulibus negotium mandatur. »

[22] L'appel au peuple est de droit, et nous devrions l'admettre alors même que nous n'aurions aucun témoignage. Mais le hasard nous en fournit un. En 548, les commissaires nommés pour statuer sur les crimes commis à Locri avaient condamné trente-huit prévenus, parmi lesquels l'ex-préteur, Q. Fleminius. Les condamnés furent transportés à Rome et Fleminius mourut en prison. A ce propos, Tite-Live, XXIX, 22, dit : « Mortuus tamen prius in vinculis est, quam iudicium de eo populi perficeretur. » Nous en avons en outre sous les rois, l'appel d'Horace, et dans les derniers temps de la république l'appel de Rabirius, ci-après, note 79.

[23] Polybe, VI, 14. — Cic., *de republica*, II, 36. « Legem illam præclaram...., quæ de capite civis romani, nisi comitiis centuriatis statui vetaret. » — Le même, *de legibus*, III, 4. 19. « Leges præclarissimæ de XII tabulis translatæ duæ, quarum altera privilegia tollit ; altera de capite civis rogari, nisi maximo comitiatu, vetat. » — Le même, *pro Sestio*, 30. — Cf. Denys d'Hal., IV, 13. 14. VII, 59. IX, 44. — Pomponius, Fr. 2, § 16. 23, D., *de origine iuris* 1. 2. — Plaute, *Aulularia*, IV, 7, 20 ; *Pseudolus*, IV, 7, 134. — *Truculentus*, IV, 3, 45.

[24] *Voy.* ci-après, note 79.

[25] Cic., *pro Rabirio perd.*, 4 ; *in Catilinam*, IV, 5. — Cf. *ibidem*, 1, 11 ; *in Verrem*, II, 5, 63 ; *pro Cluentio*, 55, et les *Schol. Ambros. et Gronov.*, p. 370. 412, Orelli. — Velleius Paterc., II, 7. — Plutarque, *C. Gracchus*, 4. — Aulu-Gelle, X, 3. — Cf. ci-dessus, n° 43.

[26] Cela résulte indirectement, mais d'une manière indubitable, de la disposition des Douze Tables d'après laquelle le *comitiatus maximus* seul pouvait statuer *de capite civis* (ci-dessus, note 23), et Cic., *de legibus*, III, 19, le dit d'une manière formelle : « Neque tributa capitis comitia rata esse posse. » Aussi lisons-nous chez Tite-Live, XXVI, 3. 4, que dans un cas où les débats d'une cause

juridiction restreinte, mais arbitraire, des tribus comme une usurpation de la plèbe. Si l'on entend dire par là qu'aucune loi n'attribuait aux tribus l'exercice du pouvoir judiciaire en matière pénale, on est dans le vrai. Mais on a tort d'en faire un chef d'accusation à charge des tribuns. Le reproche qu'on leur adresse n'est pas plus fondé que celui qu'on faisait autrefois aux préteurs, de violer la loi, en introduisant des réformes dans la législation civile [27]. En agissant comme ils le faisaient, les magistrats de la plèbe se rendaient les interprètes du sentiment public et donnaient satisfaction à des besoins sociaux. Aussi, tandis que les poursuites politiques des derniers temps de l'époque précédente rencontraient habituellement des résistances énergiques qui ne manquaient pas tout à fait de fondement [28], nous ne voyons aucune manifestation de cette nature provoquée par l'action judiciaire des tribuns et des édiles dans l'époque actuelle : loin de là, plus d'une fois le sénat réclame leur intervention [29]. Ils exercent d'ailleurs leurs fonctions d'accusateur public avec un arbitraire qui montre suffisamment qu'ils sont certains de l'approbation du peuple [30].

91. Les poursuites devant les centuries se faisaient par un magistrat quelconque, ayant pouvoir d'agir *cum populo* [31]. Dans les premiers temps, l'on nommait, suivant l'ancien usage, fréquemment des commissaires extraordinaires, *quæstores*, qui figurent encore parfois sous les noms de *quæstores* ou *duoviri perduellionis* et *parricidii* [32]. Plus souvent ce sont les

portée devant les comices des tribus avaient révélé des charges nouvelles et plus graves contre le prévenu, le tribun accusateur, manifestant l'intention de requérir une peine capitale, est obligé de s'adresser aux comices des centuries. Il est vrai que le peuple souverain pouvait, s'il le voulait, s'affranchir de cette restriction constitutionnelle ; mais c'eût été un procédé arbitraire, extraordinaire, et si Tite-Live, XXV, 4, nous en donne un exemple, il résulte du récit que, dans ce cas, les tribus n'agirent que sur la demande du sénat qui cherchait à faire oublier l'indulgence coupable qu'il avait montrée auparavant. Le procédé exceptionnel est, au reste, motivé par le caractère exceptionnel du crime, *pro atrocitate rei.... vimque contra rempublicam et pernicioso exemplo factam.*

[27] *Voy.* ci-après, nos 121-130.

[28] *Voy.* ci-dessus, note 1 et nos 28. 46.

[29] Tite-Live, IV, 51. XXV, 4.

[30] Les exemples de poursuites criminelles devant les tribus (tant pour des délits politiques que pour d'autres méfaits) sont trop nombreux pour que nous puissions entreprendre d'en faire une énumération. Ce que nous dirons ci-après, no 95, montrera la variété des faits soumis à cette juridiction.

[31] Quand l'accusateur n'a pas qualité pour convoquer les comices des centuries, il doit, à cet effet, s'adresser au magistrat compétent. Ainsi agissent les tribuns et les édiles. Tite-Live, XXVI, 3. « Tum Sempronius, *perduellionis se iudicare Cn. Fulvio* dixit, diemque comitiis ab. C. Calpurnio prætore urbis petit. » — Le même, XLIII, 16. — Aulu-Gelle, VII, 9.

[32] Des *quæstores perduellionis* ne sont mentionnés que deux fois après la loi des Douze Tables, savoir dans les poursuites dirigées contre Manlius Capitolinus (Tite-Live, VI, 20) et contre Rabirius (ci-après, note 79). Quant aux *quæstores parricidii*, quelques passages des anciens disent d'une manière générale qu'ils furent créés *causa rerum capitalium quærendarum, ut capitalibus rebus*

magistrats ordinaires[33], notamment les tribuns et les édiles, qui remplissent les fonctions d'accusateur public[34]. Dans l'assemblée des tribus, ces fonctions sont naturellement toujours exercées par les tribuns et les édiles[35]. La marche suivie dans les jugements déférés aux deux catégories de comices différait sensiblement dans les détails, les formalités des assemblées centuriates étant plus compliquées[36]; mais nous y découvrons certains points communs qui constituent les éléments essentiels de la procédure[37].

Elle commence par la citation donnée au prévenu à l'effet de comparaître au jour fixé par le magistrat qui doit présider l'assemblée[38]. Ce jour, l'accusateur fait connaître sommairement l'objet de la prévention[39];

prœessent; mais l'histoire ne nous fait connaître aucun procès dans lequel ils aient agi. Festus, vv. *Parrici. Quæstores.* – Pomponius, Fr. 2, § 23, D., *de origine iuris,* 1, 2. – Lydus, *de magistratibus,* I, 24. 26. — *Voy.*, au reste, ci-dessus, page 55, notes 7-11, et page 59, note 39.

33 *Consuls.* Cic., *de finibus,* II, 16; *Brutus,* 22. – Tite-Live, XXIX, 20. XXXI, 12. XXXIX, 14. – Cf. Denys d'Hal., V. 57. — *Préteurs.* Tite-Live, XXXVIII, 55. 58. 60. XXXIX, 41. XL, 37. XLII, 21.*epit.* XLVIII. – Valère-Maxime, V, 4, 7. — Nous faisons abstraction des passages dans lesquels des questeurs figurent comme accusateurs publics, pour ne pas revenir sur l'insoluble question de savoir si les questeurs du trésor étaient originairement des inquisiteurs criminels ou si ces fonctions constituaient des magistratures séparées, ordinaires ou extraordinaires. Cf. ci-dessus, nos 17. 20. 60.

34 *Tribuns.* Tite-Live, VI, 20 (?). *epit.* XIX. XXVI, 3. XLIII, 16. – Aulu-Gelle, VII, 9. – Plutarque, *Camille,* 36. – *Schol. Bobiens,* p. 337 et ailleurs. *Voy.* aussi les citations de la note 31. — *Édiles.* Cic., *in Verrem,* II, 1, 12; 5, 66. – Tite-Live, VIII, 22. XXV, 2. – Plutarque, *Marcellus,* 2, et ailleurs.

35 Parmi le très-grand nombre de passages qui constatent ce fait, nous choisissons les suivants, qui offrent de l'intérêt encore à d'autres titres : *A*) *Tribuns.* Cic., *pro Flacco,* 32. – Tite-Live, IV, 40. 41. 42. 44. V, 11. 12. 32. VI, 1. XXV, 3 sq. XXVI, 2. 3. XXXVII, 57 sq. XLIII, 8. 16. – Denys d'Hal., X, 42. – Valère-Maxime, V, 3, 2. VI, 5, 2. VIII, 1. 4. 18. 20. 21. – Aulu-Gelle, VII, 9. — *B*) *Les Ediles.* Cic., *pro Milone,* 15 (cf. ci-après, note 78), – Tite-Live, VII, 28. VIII, 22. X, 13. 23. 31. 47. *epit.* XIX (cf. ci-après, note 155). XXV, 2. XXXIII, 42. XXXV, 10. 41. XXXVIII, 35. – Valère-Maxime, VI, 1. 7. 8. – Pline, *H. N.*, XVIII, 6. 41. – Aulu-Gelle, IV, 14, X, 6.

36 Bornons-nous à signaler les auspices et l'usage particulier d'après lequel, pendant la tenue d'une assemblée centuriate, il devait y avoir un drapeau rouge, *vexillum russeum,* flottant sur le *Ianiculum.* Tite-Live, XXXIX, 15. – Servius *ad Verg. Æn.*, VIII, 1. – Festus, v. *Iusti dies.* – Dion Cassius, XXXVII, 28. – Macrobe, *Saturn.*, I, 16. Cf. ci-après, note 79.

37 Nous trouvons un résumé de ces formalités essentielles jusqu'au jour du jugement chez Cic., *pro domo,* 17. « .... Cum tam moderata iudicia populi sint a maioribus constituta : primum, ut ne pœna capitis cum pecunia coniungatur; deinde ne, nisi prodicta die, quis accusetur; ut ter ante magistratus accuset, intermissa die, quam multam inroget aut iudicet; quarta sit accusatio trinum nundinum prodicta die, qua die iudicium sit futurum. Tum multa etiam ad placandum atque ad misericordiam reis concessa sunt; deinde exorabilis populus, facilis suffragatio pro salute; denique etiam, si qua res illum diem, aut auspiciis aut excusatione, sustulit, tota causa iudiciumque sublatum est. » 18. « Hæc cum ita sint in re, ubi crimen est, ubi accusator, ubi testes? quid indignius, quam, qui neque adesse sit iussus, neque citatus, neque accusatus, de eius capite, liberis, fortunis omnibus..... suffragium ferri et eam legem putari? »

38 Cicéron, *l. l.* – Varron, *de l. l.*, VI, 90 (V, 9, Gothofr. – p. 76, Bipont.). – Appien, *de bellis civilibus,* I, 74, ci-après, note 40. – Cf. Denys d'Hal., X, 5.

39 Varron, *l. l.*, nous a conservé un *vetus commentarius anquisitionis,* dont un questeur, M. Sergius, donne lecture à charge d'un certain Quinctius Trogus.

mais le jugement est différé à un jour ultérieur [40]. D'après la rigueur du droit, le prévenu devait être mis en état d'arrestation [41]; mais habituellement, à moins qu'il n'y eût des raisons particulières pour agir autrement [42], on le laissait en liberté pourvu qu'il présentât des citoyens qui voulussent se porter caution pour lui, *vades publici* [43]. Le jour de la comparution, parties convenaient [44] de se retrouver à des réunions préparatoires à l'effet d'instruire la cause [45]. Ces réunions, *contiones*, étaient, dans les derniers temps, au nombre de trois [46], et la troisième devait être séparée de l'audience définitive par trois jours de marché, *tres nundinæ* ou *trinundinum* [47]. Enfin, le jour du jugement arrivé, l'accusateur et le prévenu comparaissaient pour la dernière fois devant l'assemblée [48] : l'accusateur formulait d'une manière définitive la prévention et son réquisitoire [49]; le

[40] Cic., *l. l.* « Nisi prodicta die quis accusetur; ut ter ante magistratus accuset, intermissa die... ». —Appien, *de bellis civ.*, I, 74. « Τετράκι δὲ ἐχρῆν κηρυττομένους ἐν ὡρισμένοις ὡρῶν διαστήμασιν ἁλῶναι. » Cf. ci-après, notes 44-48. — Nous parlons ici des procès qui sont directement portés devant les comices; quand l'assemblée avait à statuer sur l'appel d'un jugement rendu par des *quæstores*, il n'y avait qu'une seule séance. Cf. ci-après, note 79.

[41] Cic., *in Verrem*, II, 5, 7 *in f.* — Tite-Live, III, 13. 58. VI, 16. IX, 34. XXV, 4. XXXIX, 14. 17. — Valère-Maxime, VI, 1. 10. — Aulu-Gelle, III, 3. XIII, 12. — Pour cet emprisonnement préventif, il y avait des prisons publiques; mais on se relâchait parfois de cette rigueur en confiant la garde du prévenu à des particuliers, *custodia libera*. Salluste, *Catilina*, 47. — Tite-Live, XXIV, 45. XXXIX, 14. — Tacite, *Annales*, VI, 3. — Dion Cassius, LVIII, 3.

[42] Tite-Live, XXV, 4. XXVI, 3. XXXIX, 41. — Appien, *de bellis civilibus*, I, 79.

[43] Tite-Live, III, 13. « Hic (T. Quinctius Kæso) primus vades publicos dedit. » — Le même, XXV, 4. XXXIX, 41. — Denys d'Hal., X, 8. — Festus, v. « *Vadem* sponsorem significat datum in re capitali. »

[44] Nous disons : parties convenaient. Il est vrai que nous lisons généralement que c'est l'accusateur qui *diem dicit, prodicit;* mais tout nous autorise à croire que d'habitude la fixation des séances, après la première comparution, se faisait de commun accord. Il est certain d'ailleurs qu'on pouvait, de commun accord, renoncer aux divers délais (Tite-Live, XLIII, 16. — Asconius *in Scaur.*, p. 21, 16, Orelli); comme d'autre part, on les prorogeait aussi parfois, même à la dernière audience. Cic., *pro Rabirio perd. reo*, 3. — Tite-Live, XXV, 4. XXXVIII, 52, et ci-après, note 48.

[45] Tite-Live, III, 56 sqq. VIII, 33. XXIX, 22. XXXVII, 57. 58. XXXVIII, 50 sqq. XLIII, 8.— Dans ces *contiones* on procédait à toutes les opérations que l'instruction pouvait réclamer : production des témoins, plaidoiries, etc.

[46] Tabula Bantina (texte osque), c. 3, lin. 14. — Cic., *pro domo*, 17, ci-dessus, note 37; *ad Quintum fratrem*, II, 3, 7. — Tite-Live, XXVI, 2 sq. — Appien, *de bellis civ.*, I, 74, ci-dessus, note 40.

[47] Cicéron et Appien, *locis laudatis*. Cf. ci-dessus, note 44 *in fine*.

[48] Le défaut de l'accusateur, de même que son désistement, avaient pour effet de faire tomber la poursuite. Cic., *de officiis*, III, 31. — Tite-Live, II, 54. IV, 42. VII, 5. XXXVII, 58. XLIII, 16.— Valère-Maxime, III, 4. 8. V, 4. 3. VI, 5. 2. Cf. ci-après, note 94. — Quand le prévenu faisait défaut, on pouvait lui accorder un nouveau délai (ci-dessus, note 44) ou bien passer outre au jugement. Tite-Live, XXV, 4. XXXVI, 3. XXXVIII, 51 sq. — Appien, *de bellis civ.*, I, 74. — Plutarque, *Camille*, 13. Cf. Denys d'Hal., X, 8. — Tite-Live, III, 13. 58. — Dion Cassius, XXXVIII, 17. XLVI, 48, et ci-après, notes 95. 96.

[49] *Quarta accusatio*. Cic., *pro domo*, 17. — Habituellement ce *commentarius acquisitionis* définitif était conforme à l'acte d'accusation de la première audience (ci-dessus, note 39); l'accu-

prévenu présentait sa défense en personne ou par des amis [50]; enfin, après que de part et d'autre on avait produit les témoignages [51] et autres moyens d'accusation et de défense [52], l'assemblée allait aux voix sans désemparer [53]. Cette opération se faisait d'une manière analogue au vote des lois : dans les premiers temps, à haute voix ou au moyen de cailloux, plus tard, au moyen de tablettes [54]. Le magistrat qui présidait l'assemblée prononçait ensuite le verdict [55] et prenait, en cas de condamnation, les mesures nécessaires pour l'exécution du jugement [56]. — Un fait intéressant à remarquer, c'est que l'accusé pouvait toujours tenter de se soustraire, par un exil volontaire, à la peine qui devait l'atteindre [57]. Cet

sateur pouvait cependant aussi modifier les conclusions de son réquisitoire. Tite-Live, II, 52 XXV, 4. XXVI, 3. Cf. *Schol. Bobiens.*, p. 337, Orelli. — Il pouvait égelement se désister, et nous trouvons plus d'un exemple de désistement arraché à l'accusateur par les manifestations énergiques de l'assemblée. Cf. ci-dessus, note 48.

[50] Denys d'Hal., X, 5. – Tite-Live, III, 58. VIII, 33. XXXVIII, 58 sq. — A partir du septième siècle, nous trouvons des *oratores*, ayant l'habitude de présenter la défense dans les procès criminels. Cf. ci-après, note 52, et n° 136. — La défense jouissait d'une grande liberté; cependant, comme le débat final ne devait prendre qu'une séance (ci-après, note 53), la durée des plaidoiries était plus ou moins limitée. On allait parfois loin sous ce rapport : dans le procès de Rabirius, Cicéron n'avait pour son plaidoyer qu'une demi-heure. Cic., *pro Rabirio perduellionis reo*, 2. 3. *Voy.* encore ci-après, note 99.

[51] Denys d'Hal., X, 7. – Tite-Live, III, 13. 58. XXV, 3. XXVI, 3. « Testibus datis..... *iurati* permulta dicerent. » XXXVII, 57. XXXVIII, 50 sq. – Valère-Maxime, IV, 1. 11. — Habituellement, les témoins étaient entendus après les plaidoiries. Tite-Live, XXV, 3, et ci-après, note 104.

[52] Cicéron, *ad Herennium*, II, 6 et ailleurs, distingue divers moyens d'accusation et de défense : *testes, quæstiones, argumenta, rumores*. Un moyen de défense purement moral mais très-puissant était, en outre, l'assistance de *laudatores, advocati, patroni*. Faisons observer, à cette occasion, que le mot *advocatus*, jusqu'au temps de Quintilien, ne désigne guère que les personnes qui assistent une partie de leurs conseils et de leur influence, tandis que les défenseurs proprement dits s'appellent *patroni* et par excellence *oratores*. Cf. note 50 et ci-après, note 103 et n° 136.

[53] La poursuite qui n'était pas conduite à fin le jour de la dernière audience (sauf prorogation du délai, ci-dessus, note 48) était périmée. Denys d'Hal., IX, 41. – Tite-Live, XL, 42. – Dion Cassius, XXXVII, 27, et ci-après, note 106. — Il n'en était pas de même des jugements confiés à un *quæsitor*, qui n'étaient soumis à aucune règle fixe. Nous y trouvons jusqu'à trois et même huit remises des débats, *ampliationes*. Tite-Live, XLIII, 2, et ci-après, note 109.

[54] Le vote par tablettes fut introduit par les lois *Cassia* (616) et *Cælia* (647).—*A*) Cic., *Brutus*, 25. 27; *de legibus*, III, 16; *de senectute*, 16; *pro Sestio*, 48; *pro Cornelio*, fr. 48, et Asconius, *ad h. l.*, p. 78, Orelli.–Ps. Asconius *in Verrin.*, I, 10, p. 141, Orelli.–*Schol. Bob.*, p. 303, Orelli. —*B*) Cic., *pro Plancio*, 6, et Pline, *Epist.*, III, 20. Cf. ci-après, n° 108. — D'après une médaille ancienne, il paraît que les tablettes portaient les mêmes sigles : C(ondemno) et A(bsolvo), que nous trouvons plus tard dans la procédure devant les *quæstiones perpetuæ*. *Voy.* ci-après, note 108.

[55] Pour la condamnation, il fallait la majorité des voix; la parité des voix valait acquittement. Denys d'Hal., VII, 64. – Plutarque, *Ti. Gracchus*, 12. Cf. Polybe, VI, 14, et ci-après, note 114.

[56] Cic., *pro Rabirio perd. reo*, 4 sqq. – Tite-Live, VI, 20. XXXVIII, 58. 60. – Valère-Maxime, V, 4, 7. – Cf. Tite-Live, I, 26. – Denys d'Hal., VIII, 78. – Servius *ad Verg. Æn.*, VI, 573, et ci-après, notes 114 sqq..

[57] Habituellement l'exil volontaire précède le jugement (ci-après, notes 60. 61); cependant, d'après Tite-Live, III, 58, M. Claudius, le client et complice du décemvir Appius Claudius, fut autorisé à s'exiler, après avoir été condamné à mort.

usage remonte à la plus haute antiquité [58]; mais il dépendait naturellement de l'assemblée de prendre, à l'égard du fugitif, telle mesure qu'elle jugeait convenable [59]. Cependant Polybe nous représente l'exil volontaire comme ayant régulièrement pour effet de préserver l'accusé de toute peine corporelle; il ajoute que l'on avait le droit d'user de ce moyen tant que la majorité des voix, requise pour la condamnation, ne s'était point encore prononcée, et que des traités internationaux assuraient à certaines villes la faculté d'accueillir des exilés romains [60]. D'après Salluste et Cicéron, le droit avait été, de leur temps, formellement reconnu et garanti par plusieurs lois [61]. Quand l'accusé en usait, l'assemblée transformait habituellement l'exil volontaire en bannissement, en décrétant l'interdiction de l'eau et du feu, *aqua et igni interdicere* [62]. — Contre la décision souveraine des comices, il n'y avait point de recours; mais le peuple qui avait condamné pouvait faire cesser les effets du jugement, en prononçant, par une loi postérieure, la restitution en entier du condamné [63].

92. Au commencement du septième siècle, la procédure criminelle subit une modification importante qui eut son point de départ dans la loi *Calpurnia de repetundis*. Par suite des immenses conquêtes que les armées romaines avaient faites depuis un siècle, les exactions et concussions des magistrats et surtout des chefs militaires avaient pris un développement effrayant au point de devenir un danger réel pour la chose publique [64].

[58] Les fils d'Ancus Martius, Coriolan, T. Quinctius Kæso. TITE-LIVE, I, 41. II, 35. III, 13. 58. — DENYS D'HAL., XI, 46.

[59] Dans les cas mentionnés par TITE-LIVE, III, 63. 58. V, 32. XXV, 4, les exilés sont condamnés à des amendes. Par contre, LE MÊME, XXVI, 3, après avoir raconté que l'assemblée déclara légitime l'exil de Cn. Fulvius, *iustum exsilium*, ne fait mention d'aucune peine. Cf. LE MÊME, XLIII, 2. « ... excusati exsilii causa... »

[60] POLYBE, VI, 14, 7 sq. « Τοῖς γὰρ θανάτου κρινομένοις, ἐπὰν καταδικάζωνται, δίδωσι τὴν ἐξουσίαν τὸ παῤ αὐτοῖς ἔθος ἀπαλάττεσθαι φανερῶς, κἂν ἔστι μία λείπηται φυλὴ τῶν ἐπικυρουσῶν τὴν κρίσιν ἀψηφοφόρητος, ἑκούσιον ἑαυτοῦ καταγνόντα φυγαδείαν. 8. Ἔστι δ'ἀσφάλεια τοῖς φεύγουσιν ἔν τε τῇ Νεαπολιτῶν καὶ Πραινεστινῶν, ἔτι δὲ Τιβουρίνων πόλει, καὶ ταῖς ἄλλαις, πρὸς ἃς ἔχουσιν ὅρκια. » — Cf. LE MÊME, XXII, 26, 15. — TITE-LIVE, XXVI, 3. XLIII, 2. *epit.* LXIX.

[61] SALLUSTE, *Catilina*, 51. « Tum lex Porcia aliæque paratæ, quibus legibus exsilium damnatis permissum... » — CIC., *pro Cæcina*, 34. « Exsilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam quia volunt pœnam aliquam subterfugere aut calamitatum, eo solum vertunt, hoc est, sedem ac locum mutent. » — LE MÊME, *pro domo*, 30.

[62] TITE-LIVE, XXV, 4. — CIC., *pro domo*, 30. — Cf. ci-après, n° 95.

[63] TABULA HERACLEENSIS, c. 8, lin. 117 sq. « Quive iudicio publico Romæ condemnatus est erit, quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est erit...... ». — Les exemples abondent depuis le rappel de Camille, dont parle TITE-LIVE, V, 46. Nous nous bornons à citer : CIC., *Brutus*, 34; *pro Cluentio*, 36; *pro Plancio*, 28; *post reditum in senatu*, 15; *ad Quirites*, 4; *pro domo*, 33. — *Schol. Bob.*, p. 347, 16 Orelli. — TITE-LIVE, *epit.* LXIX. Cf. *epit.* LXXVII. — VELLEIUS PATERCULUS, II, 45. — APPIEN, I, 33. II, 16. — PLUTARQUE, *Cicéron*, 33. — DIODORE, XXXV, 5. — DION CASSIUS, XXXIX, 8. Cf. ci-après, note 120.

[64] Cf. ci-dessus, page 133, note 13.

Les victimes de ces rapines n'avaient aucun moyen direct et assuré ni de les prévenir ni d'en obtenir réparation. Le sénat avait, à la vérité, le devoir de protéger les alliés et les habitants des provinces, et les magistrats de la plèbe avaient le droit de poursuivre les coupables. Mais, d'après ce que nous savons de la corruption qui, vers ce temps, régnait parmi la noblesse, nous ne pouvons nous étonner de la honteuse indulgence que le premier corps de l'État montrait habituellement dans la répression des méfaits qui étaient portés à sa connaissance [65]; et, si nous trouvons quelques poursuites rigoureuses exercées par les tribuns contre des magistrats concussionnaires [66], ces exemples étaient trop rares pour remédier au mal. C'est pourquoi le tribun C. Calpurnius Piso fit voter en 605 une loi qui autorisa les victimes à porter plainte directement devant un tribunal permanent, spécialement créé pour connaître des faits de concussion, *repetundæ,* et composé de juges pris parmi les membres du sénat à qui incombait le soin de veiller aux intérêts des alliés et à l'administration des provinces [67]. Cette innovation n'avait originairement d'autre but que de donner aux alliés et aux provinciaux le droit que les citoyens avaient eu de tout temps [68] : la *quæstio perpetua repetundarum* n'était guère autre chose qu'une application particulière du principe qui avait fait créer le grand jury national, connu sous le nom des centumvirs [69]. Aussi l'action du chef de répétondes n'était-elle d'abord, tout comme les actions portées devant le tribunal centumviral, qu'une poursuite purement civile. Mais la composition particulière de la *quæstio* et la nature délictueuse du fait sur lequel était fondée la poursuite ne laissaient pas que d'imprimer à la procédure un certain caractère public, qui se manifestait aussi dans les effets, en ce sens que c'étaient les questeurs du trésor qui avaient mission d'exécuter le jugement en faisant rentrer le montant de la condamnation pécu-

[65] On peut s'en convaincre en lisant Tite-Live, XLIII, 2. La Table de Thisbé (ci-dessus, page 8, n° 13) nous en fournit également un exemple. Les habitants de Thisbé avaient adressé au sénat diverses demandes, entre autres, la mise en liberté de trois femmes, bannies et emprisonnées par le préteur C Lucretius, et pour ces femmes le droit de poursuivre judiciairement ce général. Le sénat ayant reconnu l'injustice des peines infligées aux femmes, ordonne qu'elles soient mises en liberté, mais il use d'une échappatoire pour ne pas permettre la poursuite du propréteur, qui finit pourtant par recevoir sa punition. Tite-Live, XLIII, 8, nous apprend, en effet, que l'année suivante, ce même Lucretius, s'étant rendu coupable des crimes les plus atroces dans diverses autres villes de la Grèce, fut poursuivi par les tribuns et condamné par l'unanimité des trente-cinq tribus.

[66] Tite-Live, XXIX, 16 sqq. XXXI, 12. XXXVIII, 54 sqq. XLIII, 8. *epit.* XLVII. Cf. Le même, *epit.* XLIX. — Cic., *pro Murena,* 28. — Appien, *de rebus hispanicis,* 60.

[67] Cic., *Brutus,* 27 ; *de officiis,* II, 21 ; *pro Cluentio,* 53 ; *divinatio in Cæcilium,* 5. 20 ; *in Verrem,* II, 2. 6 ; 3, 84 ; 4, 25. — *Scholia Bob.,* p. 233, Orelli. — Tacite, *Annales,* XV, 20.

[68] Cic., *divinatio in Cæcilium,* 5. « Quasi vero dubium sit, quin tota lex de pecuniis repetundis sociorum causa constituta sit. Nam civibus cum sunt ereptæ pecuniæ, civili fere actione et privato iure repetuntur : hæc lex socialis est, hoc ius nationum exterarum est... »

[69] Cf. ci-après, n° 99.

niaire, sauf à le remettre ensuite aux demandeurs qui l'avaient obtenue [70]. L'on s'habitua ainsi à envisager les condamnations de ce chef comme ayant un caractère pénal et une loi de répétondes, qui appartient certainement à la première moitié du septième siècle, leur imprime positivement ce caractère, en autorisant la condamnation au double des sommes extorquées [71]. Enfin les renseignements que nous avons sur les lois *Peducæa* (640), *Memmia* (643) [72], *Appuleia et Varia de majestate* (653 et 662) [73] prouvent clairement que les dispositions de ces lois appartenaient au droit pénal. Aussi à partir de la seconde moitié du septième siècle, les *quæstiones perpetuæ*, dirigées par un préteur qui, en cette qualité, porte le nom de *quæstor*, constituent un rouage de l'administration de la justice criminelle, qui ne cesse de s'étendre et de gagner d'importance [74]. Originairement créée à l'effet de faciliter la répression des abus de pouvoir, l'institution devint entre les mains de Sulla un moyen de diminuer l'autorité des comices et d'assoupir l'esprit public [75]. Pompée, César et Octavien suivirent la même voie [76] : par suite des lois nombreuses portées par eux et par d'autres [77] il y eut, vers la fin de la république, des tribunaux

[70] Cf. LEX (ACILIA) REPETUNDARUM, c. 18. 19. 20. lin. 57 sqq.

[71] LEX (ACILIA) REPETUNDARUM, c. 19, lin. 59.

[72] Les termes dans lesquels les anciens parlent des condamnations prononcées en vertu de ces lois ne permettent guère de douter de la nature pénale des poursuites : *A*) CIC., *de natura Deorum*, III, 30. — TITE-LIVE, *epit.* LXIII. — ASCONIUS *in Milon.*, 12, p. 46, Orelli. — OBSEQUENS, 79. — *B*) SALLUSTE, *Jugurtha*, 40. — CIC., *de oratore*, II, 70 ; *Brutus*, 33-34 ; *pro Sestio*, 67. — *Voy.*, sur ces deux lois, ci-après, note 74.

[73] CIC., *de oratore*, II, 25. 47. 48. 49. — VALÈRE-MAXIME, VIII, 6, 4. — APPIEN, *de bellis civ.*, I, 37. — ASCONIUS *in Cornel.*, p. 73, Orelli. — Cf. la note suivante.

[74] En dehors des lois d'organisation judiciaire qui se rapportent aux *quæstiones perpetuæ* (ci-après, n° 94), nous trouvons avant Sulla les lois *Iunia, Acilia, Servilia Glauciæ* (650 ou 654) *repetundarum;* la loi *Appuleia maiestatis* (653). Outre ces lois générales, il y a trois plébiscites qui instituent pour des cas particuliers des *quæstiones extraordinariæ*, composées et jugeant comme les tribunaux permanents, savoir : la loi *Peducæa de incestu virginum Vestalium*, en 640 ; la loi *Mamilia* (643), contre les chefs qui s'étaient rendus coupables de malversations et de corruption dans la guerre de Jugurtha (ci-dessus, page 157, note 18) ; la loi *Varia maiestatis* (663) contre ceux *quorum dolo malo, ope consiliove socii contra populum romanum arma sumsissent.* — *Voy.*, pour ces diverses lois : BAITER, *Index legum*, au tome VIII de *Ciceronis opera*, ed. Orelli, et RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, I, §§ 31-39.

[75] L. Cornelius Sulla porta, de 671 à 674, diverses lois appartenant à cet ordre d'idées : *leges Corneliæ de repetundis, de sicariis et veneficis, de maiestate, de falsis, de iniuriis.* — *Voy.*, sur ces lois, §§ 5. 7, I., *de publicis iudiciis* 4, 18. — Titt. D., XLVIII, 8. 10. — BAITER et RUDORFF, *ll. ll.*

[76] *Leges Pompeiæ de parricidiis*, en 699 (§ 6, I., *de publicis iudiciis* 4, 18 ; Tit. D., XLVIII, 9) ; *de ambitu* 702, *de vi* 702. Cette dernière institua une *quæstio extraordinaria*, pour juger Milon, accusé du meurtre de Clodius. — *Leges Iuliæ Cæsaris de repetundis* 695, *de maiestate* 708, *de vi* 708, *de peculatu et de sacrilegis, de residuis, de annona.* — *Leges Iuliæ* (*Augusti*) *de vi publica et privata, de ambitu, de adulteriis*, etc. — *Voy.*, sur ces lois, §§ 3-9. 11, I., *de publicis iudiciis* 4, 18. — Titt. D., XLVIII, 4. 5. 6. 7. 9. 12. 13. 14. — BAITER et RUDORFF, *ll. ll.*.

[77] *Lex Calpurnia de ambitu* 687. — *Lex Papia de civitate* 688. — *Lex Tullia* (*M. Ciceronis*) *de ambitu* 690. — *Lex Plautia* (*Lutatia*) *de vi* 691. — *Lex Licinia de sodaliciis* 699. Voir BAITER et

permanents pour la plupart des crimes. Cette procédure devint ainsi prédominante; cependant, quand il se présentait un fait punissable non prévu par les lois nouvelles, la poursuite se faisait encore d'après l'ancien usage [78]; et nous trouvons même, peu d'années avant la chute de la république, un jugement prononcé par des *quæstores perduellionis,* et dont l'appel est porté devant le *comitiatus maximus* [79].

93. Comme les divers tribunaux permanents avaient été institués par des lois différentes, la procédure n'était point partout identiquement la même. Il y avait cependant pour tous les jugements des règles communes qui, tout en dérivant en grande partie du mode usité devant les comices, empruntent aussi des éléments essentiels à la procédure civile [80]. Ainsi ce n'est pas un magistrat qui se porte accusateur, comme dans les assemblées populaires : le droit de poursuivre devant une *quæstio perpetua* appartient à tout citoyen [81]. Celui qui veut user de cette faculté présente une requête au préteur compétent, *petit* ou *postulat* [82] : si la requête est accueillie, il formule sa demande, en faisant connaître avec précision le nom de la partie adverse et la nature du fait délictueux dont il s'agit,

Rudorff, *ll. ll.*— La loi *Pedia*, rendue en 710, sous le consulat d'Octavien et de Q. Pedius, institua une *quæstio extraordinaria* pour juger les auteurs et complices du meurtre de César. Velleius Paterculus, II, 69. — Suétone, *Néron*, 3. — Appien, *de bellis civ.*, III, 95. IV, 27. V, 48. — Dion Cassius, XLVI, 48. 49.

[78] Cic., *de oratore,* II, 25; *de legibus*, III, 11. 16; *de republica*, I, 3; *de natura Deorum*, III, 33; *pro Roscio Amerino,* 12; *pro rege Deiotaro,* 11 ; *ad Quintum fratrem,* II, 3. — Le même, *pro Sestio,* 44; *pro Milone,* 15. « Milone, reo ad populum. » Cf. Dion Cassius, XXXIX, 18. — Tite-Live, *epit.* LV. LXI *in f.* XLIX. — Valère-Maxime, III, 7, 8. VI, 1, 8; 5, 5. VIII, 1, 2. IX, 11, 2. — Velleius Paterc., II, 7. — Appien, *de bellis civ.*, I, 33. 74. — Aulu-Gelle, VII, 9, 9. — Plutarque, *Lucullus*, 37.— Asconius *in Scaurianam*, p. 21. 22; *in Milonianam arg.*, p. 39; *in Cornelianam,* p. 80, 20. Orelli. — Dion Cassius, XXXIX, 18 et fr. 273. 280, ed. Gros (100. 105, Peiresc).

[79] En 691, le tribun T. Attius Labienus requit la nomination de *duoviri perduellionis*, à l'effet de juger C. Rabirius qu'il accusa d'avoir été l'auteur du meurtre de L. Appuleius Saturninus. Le préteur, au lieu de faire élire les questeurs, nomma lui-même Jules César et son cousin Lucius, qui condamnèrent Rabirius. Le condamné interjeta appel au peuple et prit pour défenseurs Hortensius et Cicéron. Les débats paraissant prendre une tournure fâcheuse, un ami de Rabirius, le préteur et augure Q. Metellus Celer, enleva le drapeau rouge du Janiculus, ce qui eut pour effet de faire lever la séance et tomber la poursuite. Cic., *pro Rabirio perduellionis reo; in Pisonem,* 2, et Asconius *in h. l.*, p. 6. Orelli. — Suétone, *César*, 12. — Dion Cassius, XXXVI, 26-28. Cf. ci-dessus, page 164, note 36.

[80] On saisira la nature complexe de cette procédure en comparant l'exposé qui va suivre avec l'esquisse des débats devant les assemblées du peuple que nous avons tracée au n° 91 et avec le tableau d'un procès civil que nous donnerons ci-après, § 47.

[81] Cf. Ulpien, Fr. 43, § 10, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. « ... Publico iudicio, quo cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas. »

[82] *Postulare* tout court, *postulare nominis delationem, postulare nomen recipi.* Cic., *divin. in Cæcilium*, 20; *ad familiares*, VIII, 6, 1. VIII, 8; Valère-Maxime, III, 7, 9. — Sénèque, *Apocolocyntosis,* transcrit ci-après, note 87. — Asconius *in Scaur. arg.*, p. 19, 8 Orelli. — Cf. Fr. 5. 11, §§ 4. 8. 10, et *passim*, D., *ad legem Iuliam de adulteriis* 48. 5. — Paul, II, 6. 8 (*Coll. leg. Mos.*, IV, 12, 7). — *Voy.* encore ci-après, notes 85 et 87.

nominis delatio [83], et signe sa plainte, *subscriptio* [84], en affirmant sous serment agir loyalement et sans esprit de chicane, *iusiurandum calumniæ* [85]. Quand il se présente plusieurs accusateurs, il y a, au préalable, une procédure particulière, *divinatio*, à l'effet de décider à qui le droit de poursuite appartiendra [86]. Ces formalités remplies [87], le préteur inscrit la

[83] LEX (ACILIA) REPETUNDARUM, c. 1, lin. 3. « de ea re petitio nominisque delatio esto. » lin. 4. 5. 6. 7. c. 8. lin. 19 sqq. — CIC., *pro Roscio Amer.*, 10; *divin. in Cæc.*, 3. 9. 15. 20; *in Verrem*, II, 1, 6. — II, 2, 28. II, 4, 19; *pro Cluentio*, 8. 18; *ad familiares*, VIII, 6, 1, ci-après, note, 87. — QUINTILIEN, *Instit. orat.*, IV, 2. 7. — ASCONIUS *in Corn. arg.*, p. 59, 4 Orelli. — La *postulatio* et la *nominis delatio* pouvaient, suivant les circonstances, constituer une seule opération ou bien faire deux actes séparés. Cf. ci-après, note 87 *in fine*.

[84] CIC., *de invent. rhet.*, II, 19. — VALÈRE-MAXIME, VIII, 1, 2. — AULU-GELLE, II, 4, 3. — ASCONIUS *in Milon.*, c. 35, p. 55 Orelli; *in Cornel. arg.*, p. 59, 3 Orelli. — Cf. Ps. QUINTILIEN, *declam.* 319. Nous trouvons dans le Digeste une formule de *subscriptio* du temps des Sévère. PAUL, Fr. 3, pr. D., *de accusationibus* 48, 2. — D'autres citoyens pouvaient se joindre au *subscriptor*, soit pour l'aider, soit pour le contrôler. CIC., *divin. in Cæc.*, 15. 16; *pro Cluentio*, 47; *ad Quintum fratrem*, III, 3. — ASCONIUS *in Scaur. arg.*, p. 19, 10 Orelli; *in Milon.*, c. 35, p. 54, 8. 12. 17 Orelli; *in Cornel., arg.*, p. 59, 3 Orelli.

[85] LEX (ACILIA) REPETUNDARUM, c. 8, lin. 19.—CIC., *pro Sulla*, 31; *ad familiares*, VIII, 8, 3. — SENÈQUE *controv.*, III, 19. — ASCONIUS *in Cornel.*, p. 64, 1 Orelli. — Cf. ci-après, note 111.

[86] CIC., *divin. in Cæcil.*, 7. 19. 20; *ad Quintum fratrem*, III, 2.—QUINTILIEN, *Instit. orat.*, III, 10, 3. VII, 4, 33.—AULU-GELLE, II, 4, 3.— ASCONIUS *in Milon. arg.*, p. 40, 6 Orelli. — Ps. ASCONIUS, *in divinat., arg.*, p. 99 Orelli. « *Divinatio* dicitur hæc oratio, quia non de facto quæritur (hæc coniectura), sed de futuro, quæ est divinatio, uter debet accusare. Alii ideo putant, divinationem dici, quod iniurati iudices in hac causa sedeant et, quod velint præsentire de utroque possint; alii quod res agatur sine testibus et sine tabulis, et his remotis argumenta sola sequantur iudices et quasi divinent. » La décision était prise par des *iudices* (*non iurati*, d'après Ps. ASCONIUS, *l. l.*), qui pouvaient se retrouver parmi les jurés définitifs de la cause. CIC., *in Verrem*, II, 2, 16.

[87] La plupart des auteurs modernes placent encore avant les débats définitifs devant le jury un acte particulier de procédure qu'ils désignent par le terme : *interrogare, legibus interrogare*. Il est certain qu'aucun accusé ne pouvait être jugé sans avoir été interrogé par l'accusateur et par le *quæsitor;* mais rien n'indique que cette *interrogatio* soit un acte particulier de la procédure, accompli à tel moment précis de l'action. La locution *legibus interrogare* n'a rien de rigoureusement technique; comme les locutions *postulare, nomen deferre* et *recipere*, elle ne dit souvent autre chose que *accusare*. Parmi les nombreux passages des anciens qui justifient ce que nous venons de dire, nous nous bornons à citer : SALLUSTE, *Catilina*, 18. 31. — CIC., *in Vatinium*, 14; *pro domo*, 29. — TITE-LIVE, XXXVIII, 50. — SUÉTONE, *Octave*, 33. — VELLEIUS PATERC., II, 13. — TACITE, *Annales*, XIII, 14. XIV, 46. XVI, 21. — ASCONIUS, *in Milon. arg.*, p. 40, 4 Orelli. Les renseignements fournis par Ps. ASCONIUS *in Verrem*, I, 2. II, 2, 3, p. 128, 13, et p. 206, 2 Orelli, et les explications inexactes et embrouillées des *Schol. Bob.*, p. 342 Orelli, ne donnent aucun résultat sérieux. — Il ne faut pas perdre de vue, au reste, que les quatre opérations dont nous avons parlé dans ce qui précède, et même la cinquième dont nous allons parler à la note suivante, tout en étant nettement distinctes au point de vue logique et susceptibles d'être faites à des intervalles, peuvent cependant aussi se faire le même jour (pour l'*interrogatio*, il faut naturellement supposer que le défendeur ait été présent à la *postulatio*). Cela résulte clairement de la combinaison des divers passages que nous avons cités depuis la note 82, et parmi lesquels nous nous bornons à prendre les deux suivants qui mentionnent les extrêmes : CIC., *ad familiares*, VIII, 6, 1. « Inter postulationem et nominis delationem uxor a Dolabella discessit, » et SÉNÈQUE, *Apocolocyntosis*, IV, 390, ed. Bipont. « Ducit illum ad tribunal Æaci. Is lege Cornelia, quæ de sicariis lata est quærebat : postulat nomen eius recipi, edit subscriptionem : occisos senatores XXX, equites romanos CCCXV atque plures... »

cause au rôle du tribunal, *nomen recipere* ou *inscribere* [88], et fixe le jour auquel le défendeur devra être assigné [89]. Le délai de l'assignation varie : il paraît avoir été habituellement de dix jours [90]; mais il pouvait être abrégé, ce qui était rare, ou augmenté, ce qui était plus fréquent [91]. Au jour fixé, le président du tribunal fait faire l'appel des juges, du défendeur et du demandeur [92]. Le défaut, non justifié [93], du demandeur a pour effet de faire rayer la cause et de faire tomber la poursuite [94]; il peut, en outre, exposer éventuellement le défaillant à certaines peines [95]. Quand c'est l'accusé qui fait défaut sans motifs légitimes [93], on procède contre lui malgré son absence et, dans ce cas, la condamnation est, régulièrement, au moins probable [96]. Si rien ne s'oppose à l'ouverture des débats, le président commence par constituer le tribunal en prenant, parmi les citoyens inscrits sur la liste des juges, le nombre exigé par la loi, chaque partie ayant le droit de récusation [97]. Les juges ayant prêté serment (de là *iurati* [98]), la parole est donnée aux parties pendant un temps limité par

[88] Cic., *in Verrem*, II, 2, 41 sqq. II, 4, 19 : *pro Cluentio*, 31 ; *ad familiares*, VIII, 8, 3. – Valère-Maxime, III, 7, 9. – Sénèque, *Apocolocyntosis*, à la fin de la note précédente. – Cf. Tite-Live, XXXVIII, 55.

[89] Cic., *in Verrem*, II, 2, 40 ; *in Vatinium*, 14 ; *pro Cluentio*, 17. 18. 21. – Dion Cassius, XXXVI, 27. — Il n'y avait point régulièrement d'emprisonnement préventif, à moins que le préteur, pour des raisons particulières, ne jugeât nécessaire de prendre cette mesure. Cic., *in Vatinium*, 10 *in fine; ad Atticum*, II, 24.

[90] Cic., *ad Quintum fratrem*, II, 13. — Asconius *in Corn. arg.*, p. 59 Orelli. « Et eum P. Cassius prætor decimo die, ut mos est, adesse iussisset.

[91] Le procédé de Cicéron qui, dans un procès criminel, n'avait laissé qu'un jour de délai, fut blâmé. Plutarque, *Cicéron*, 9. Nous trouvons des délais de 30, 100, 108, 110 jours. Cic., *in Vatinium*, 11. 14 ; *in Verrem*, II, 1, 11. – Asconius *in Scaur. arg.*, p. 19 Orelli. – Ps. Asconius, *in Verrin*, I, *arg.*, p. 125, 2 Orelli.

[92] Cic., *in Verrem*, II, 2, 40. – Appien, *de bellis civ.*, I, 74. – Quintilien, *Inst. orat.*, VI, 4, 7. – Asconius *in Corn. arg.*, p. 59 Orelli. – Ps. Asconius *in Verrin.*, I, 1. « Apud veteres et iudices et rei et accusatores et defensores ciebantur a præcone prætorio. »

[93] Cic., *Philipp.*, V, 5. – Asconius *in Milon.*, *arg.*, 40, 9 Orelli.

[94] Lex (Acilia) repetundarum, c. 1, lin. 5. « Quoius nomen prævaricationis causa delatum erit, aut quoium nomen ex h. l. ex reis exemptum erit. » – Cic., *in Verrem*, II, 2, 40. – Appien, *de bellis civ.*, I, 74. – Quintilien, *Inst. orat.*, IV, 4, 7. – Festus, v. *Reus*. – Asconius *in Corn. arg.*, p. 59 Orelli.

[95] Soit comme *calumniator* s'il paraît qu'il a accusé méchamment et par esprit de chicane (ci-après, note 112); soit comme coupable de collusion frauduleuse avec l'accusé (ci-après, note 113).

[96] Cic., *in Verrem*, II, 2, 17. « Nec cogat ante horam decimam de absente secundum præsentem iudicare, « c'est-à-dire prononcer conformément aux conclusions du demandeur présent ». 38. 40. – Velleius Paterc., II, 4. – Appien, *de bellis civ.*, III, 95. – Plutarque, *Brutus*, 27. – Asconius, *in Milon.*, c. 35 p. 54, 6 Orelli.

[97] *Voy.* ci-après, n° 94, notes 30. 36.

[98] Cic., *de officiis*, III, 10 ; *pro Roscio Amer.*, 3. 52; *in Verrem*, I, 10. 13; II, 1, 4 ; II, 5, 8 ; *pro Cluentio*, 10. 33. 34. 35. 43. – Ps. Asconius *in Verrin.*, 1, 6. 10. 13. p. 132, 11. 145, 18. 147, 5 Orelli. — Le préteur ayant prêté serment en prenant possession de sa magistrature, n'avait plus à prêter un serment particulier quand il présidait une *quæstio*, mais il en était autre-

la loi ou par le président [99]. L'accusation est développée par le demandeur et ses aides [100]; l'accusé, accompagné des citoyens qui veulent bien lui prêter l'assistance et l'appui de leur autorité [1], se défend en personne [2], par des amis ou bien, ce qui est surtout usité, par des citoyens qui ont l'habitude de se vouer à la défense devant les tribunaux, *oratores* [3]. Après les plaidoiries, l'on procède à l'audition des témoins et des *laudatores* [4]; puis les débats sont clos [5], à moins que, pour des raisons quelconques, il n'y ait lieu d'admettre des plaidoiries nouvelles, *secunda actio* [6]. Enfin

ment de ses suppléants. Cic., *in Verrem*, I, 10 *in f.; pro Cluentio*, 33. 34. 35. — Ps. Asconius *in Verrem*, I, 6. 10. p. 132, 11. 143, 18 Orelli, et ci-après, notes 125 sqq.

99 Cic., *in Verrem*, I, 11. « legitimo tempore, » et *Schol. Gronov., ad h. l.*, p. 396, 15 Orelli. — *Ibidem*, II, 1, 9 « tempore quod lege concessum erat. » — Cicéron, *pro Flacco*, 33, parle d'une cause dans laquelle les débats des deux côtés avaient duré six heures. Dans ses lois de 702 (ci-après, note 104), Pompée réduisit le temps pour l'accusation à deux heures, pour la défense à trois heures. Cic., *Brutus*, 94; *de finibus*, IV, 1. — Asconius *in Milon. arg.* p. 37, 40 Orelli (ce qui fait dire erronément à Tacite, *de oratoribus*, 38, que *primus Cn. Pompeius adstrinxit, imposuitque veluti frenos eloquentiæ*). Dans son discours *pro Rabirio perduellionis reo*, 2. 3, Cicéron se plaint de n'avoir qu'une demi-heure pour sa défense. Sous l'empire, on paraît avoir été plus large, d'après le témoignage de Pline, *epist.*, I, 23. II, 11. IV, 9. VI, 2. — Le règlement colonial qui nous a été conservé par les Tables d'Osuna (ci-après, n° 106) accorde, dans son chapitre 102, six heures à l'accusation et le double à la défense.

100 Cic., *de oratore*, I, 53; *Brutus*, 23; *in Verrem*, I, 9; *pro Cluentio*, 21; *pro Flacco*, 10; *pro Cælio*, 11. — Asconius *in Milon. arg.*, p. 42, 2 Orelli. — Ps. Asconius *in divinat.*, c. 15, p. 118, 5 Orelli.

1 *Advocati, patroni, laudatores*. Cic., *in Verrem*, II, 5, 22; *pro Cluentio*, 19; *pro Sestio*, 69; *pro Sulla*, 29. — Suétone, *Octave*, 56. — Asconius *in Scaurianam*, p. 28, 29 Orelli. « Laudaverunt Scaurum consulares novem,... Horum magna pars per tabellas laudaverunt, quia aberant... » D'après Cic., *in Verrem*, II, 5, 22, un accusé ne pouvait se présenter convenablement et avec espoir de succès qu'à la condition d'avoir au moins dix *laudatores*. — Cf. ci-dessus, note 52.

2 Valère-Maxime, VIII, 3, 1, parle de la brillante défense présentée par une femme Amæsia Sentia devant une *quæstio*, présidée par le préteur L. Titius en 676.

3 Les défenseurs sont aussi fréquemment appelés *patroni;* le mot *advocatus* dans ce sens appartient à l'époque impériale. Cf. ci-dessus, note 50, et ci-après, n° 136. — La défense pouvait certes être présentée par un seul patron ou orateur, mais habituellement il y en avait plusieurs. Cic., *pro Cluentio*, 70; *pro Rabirio perduellionis reo*, 6; *pro Flacco*, 17; *pro Sestio*, 1; *pro Balbo*, 1 et *passim*. — Tacite, *de oratoribus*, 38. — Asconius *in Scaur. arg.*, p. 20, 9 Orelli. — *Schol. Bob.*, p. 292, 18 Orelli.

4 Cic., *pro Roscio Amer.*, 29. 30. 35. 36. 38; *in Verrem*, I, 18, et Ps. Asconius, *ad h. l.*, p. 153 Orelli; *in Verrem*, I, 18. II, 1, 9. « dicta causa, ... auditis testibus. » II, 2, 72; *pro Flacco*, 10; *pro Cælio*, 8. 28 et *passim*. — Quintilien, *Inst. orat.*, V, 7, 25. — Ps. Asconius, *in Verrin.*, I, 18, p. 153 Orelli. — D'après les lois *Pompeiæ de vi* et *de ambitu*, les témoins devaient être entendus dès l'ouverture de la séance, avant tout débat et même avant la constitution du jury; mais cette innovation disparut bientôt. Cic., *pro Milone*, 17. — Asconius *in Milon. arg.*. p. 37, 17. 40, 15 Orelli. — Quintilien, *l. l.* — Pline, *epist.*, II, 11. IV, 9.

5 La plupart des auteurs modernes placent ici, entre l'audition des témoins et la délibération du jury, un acte de procédure qui aurait consisté en un échange d'observations brèves et incisives de la part des accusateurs et des défenseurs et qu'on aurait appelée *altercatio*. C'est trop restreindre le sens de ce mot : des escarmouches de ce genre pouvaient se présenter à tout moment et surtout pendant l'interrogatoire des témoins. Cic., *Brutus*, 43. — Quintilien, VI, 4. Cf. II, 4, 28. VI, 3, 4.

6 Cic., *in Verrem*, I, 18. II. 1, 9; *pro Fonteio*, 9; *pro Flacco*, 5. 10. 15. 17. 19. — Plutarque,

les juges vont délibérer, *in consilium eunt*[7], et votent au moyen de tablettes qui portent des sigles, indiquant que le votant condamne, acquitte ou ne se trouve pas suffisamment éclairé [8]. Dans le dernier cas, il y a lieu de procéder à des débats nouveaux, *ampliatio*, ce qui peut se produire plusieurs fois de suite [9]. Si la sentence est favorable, à l'accusé [10], il est désormais à l'abri de toute poursuite ultérieure pour le même crime [11], et il peut y avoir lieu (sur-le-champ ou dans une séance ultérieure) à déclarer le demandeur coupable de *calumnia*, pour avoir agi méchamment et par esprit de chicane [12]; cependant, quand l'acquittement a été obtenu ensuite

Cicéron, 7. — Ps. Asconius *in Verrin.*, I, 18. II, 1, 9. p. 153, 163 sqq. Orelli. — Dans les poursuites du chef de répétondes, il y avait depuis la loi *Servilia Glauciæ* régulièrement toujours une seconde action. Cf. Cic., *in Verrem*, et Ps. Asconius, *ll. ll.*, et ci-après, note 109.

[107] La loi (Acilia) repetundarum, c. 12, lin. 44, impose aux juges un serment *antequam in consilium eant*.

[8] Ces sigles étaient : A. *absolvo;* C. *condemno;* N. L. *non liquet.* Lex (Acilia) repetundarum, c. 14, lin. 51. 54. — Ps. Asconius *in divinat.*, 7; *in Verrinas*, II, 1, 9. p. 108, 16. 164, 18 Orelli Cf. ci-dessus, note 54.

[9] Cic., *ad Herennium*, IV, 36; *Brutus*, 22; *pro Cluentio*, 27 sq.; *in Verrem*, II, 1, 9. 29, et Ps. Asconius, *ad hh. ll.*, p. 164, 180, 18. — Valère-Maxime, VIII, 1, 11. « Cuius (L. Cottæ) causa septies ampliata, et ad ultimum octavo iudicio absolutus est. » — La loi *Servilia Glauciæ* introduisit, pour la *quæstio repetundarum*, une modification, en statuant qu'il y aurait dans tous les procès *comperendinatio*, c'est-à-dire remise des débats et du jugement au surlendemain, *in comperendinum diem*, mais que, dans cette seconde séance, les juges devaient condamner ou acquitter. Cic., *in Verrem*, II, 1, 9. « Glaucia primus tulit, ut comperendinaretur reus : antea vel iudicari primo poterat, vel amplius pronunciari. » Ps. Asconius *in h. l. et in divinat.*, c. 17, p. 164 sq. 149, 6 Orelli, mêle le vrai et le faux. — Festus, v. *Res comperendinata*. — Une inscription, qui nous a conservé des fragments considérables d'une loi de *repetundis* et que l'on prenait autrefois habituellement pour la loi *Servilia Glauciæ*, contient à la ligne 48 (c. 13) un passage qui semble bien clairement admettre l'*ampliation*, d'où il suit qu'elle doit être antérieure à la loi *Servilia*. D'un autre côté, cette même loi exclut, aux chap. 6 et 7, lin. 13. 16, les sénateurs et les fils de sénateurs, ce qui la place nécessairement après la loi *Sempronia iudiciaria* (ci-après, note 141). Dès lors, comme entre ces deux époques extrêmes, nous ne trouvons d'autre loi de répétondes que celle de M' Acilius Galbrio, il y a lieu d'admettre que c'est la loi *Acilia* qui nous a été conservée par cette inscription. Cf. ci-dessus, p. 6, n° 1.

[10] Le partage des voix vaut acquittement. Cf. ci-après, note 14.

[11] Lex (Acilia) repetundarum, c. 13, lin. 55. — Cf. Fr. 30, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2. — Fr. 3, § 3, D., *de homine libero exhibendo* 43, 29. — Fr. 3, § 1, D., *de prævaricatione* 47, 15. — Fr. 7, § 2, D., *de accusationibus* 48, 2. — L. 11, C., *eodem* 9, 2. — Mais l'acquittement ne mettait pas nécessairement à l'abri de l'action civile en réparation du dommage causé (ci-après, note 17), ni même d'une accusation criminelle ultérieure, quand les faits se prêtaient à être poursuivis sous une autre qualification. Ainsi Cic., *in Verrem*, II, 1. 4, 5, menace son adversaire pour le cas où il échapperait à la poursuite actuelle *repetundarum*, de l'accuser pour tels faits du chef de péculat et éventuellement pour tels autres faits comme coupable de lèse-majesté, voire même en dernier lieu devant l'assemblée du peuple. Cf. Fr. 7, § 2, D., *de accusationibus et inscriptionibus* 48, 2.

[12] Asconius *in Scaur.*, p. 30 Orelli. « Cato..... postero die in consilium de calumnia accusatorum misit. C. Triarius nullam gravem sententiam habuit. Subscriptores eius.... denas et... tres graves habuerunt. » — Cic., *ad Quintum fratrem*, II, 16. — Tacite, *Annales*, VI, 9. 30. Cf. ci-dessus, note 95 et n° 163. — Outre la peine pécuniaire à laquelle le *calumniator* pouvait être condamné, il était frappé d'infamie. Cf. ci-après, note 131. Aucuns prétendent qu'il était de

d'une collusion frauduleuse entre l'accusé et l'accusateur, *prævaricatio*, l'accusation peut être renouvelée par d'autres [13], sans préjudice des peines comminées contre les prévaricateurs [14]. Enfin si l'accusé est déclaré coupable [15], il reste au tribunal, après la proclamation du verdict [16], à arbitrer la peine et le montant de la condamnation pécuniaire que les questeurs du trésor sont chargés de percevoir [17]. — Les jugements prononcés par les tribunaux permanents ne sont point sujets à appel [18], et il ne paraît pas qu'on ait admis l'intercession des magistrats en cette matière [19].

plus flétri par l'application d'une empreinte portant la lettre *K* avec un fer brûlant sur le front, et ce en vertu d'une loi *Remmia*. Cette loi *Remmia* est, à la vérité, mentionnée comme ayant puni la *calumnia* (Cic., *pro Roscio Amer.*, 19. – Fr. 13, D., *de testibus* 22, 5. – Fr. 1, § 2, D., *ad Sc. Turpillianum* 48, 16); mais nous n'avons aucun renseignement sur la nature de la peine. Il est absolument inadmissible que la flétrissure au front ait existé du temps de Cicéron, dont on invoque le témoignage. Le passage invoqué (Cic., *pro Roscio Am.*, 20) doit évidemment être pris au figuré; cependant si on le compare avec quelques autres passages (Pline, *panegyr.*, 35; Fr. 13, D., *de testibus*, 22, 5; Julien, *Misopogon*, p. 360 Spanheim) l'on est amené à supposer qu'il restait dans les esprits quelque souvenir d'une peine de ce genre. L'explication du *Schol. Gronov. ad Cic. pro Rosc.*, 20, p. 432, 1 Orelli, est vide de sens.

[113] Lex (Acilia) repetundarum, c. 1. 14. 16. 23. lin. 5. 54. 75.–Tabula Heracleensis, c. 8. l. 120. Cic., *de part. orat.*, 36; *divin. in Cæc.*, 18; *pro Cluentio*, 32; *ad Quintum fratrem*, II, 16. – Festus, v. *Prævaricatores* a prætergrediendo sunt vocati. » — Le mot *prævaricatio* peut aussi comprendre le cas où l'accusateur, par suite d'une collusion frauduleuse, fait défaut et rend ainsi la poursuite impossible (ci-dessus, note 95) : sous l'empire, le mot *tergiversatio* est devenu le terme technique pour désigner cette hypothèse. Fr. 1, pr., D., *ad Sc. Turpillianum* 48, 16. « Accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus pœnis subiicitur : aut enim calumniantur, aut prævaricantur, aut tergiversantur. » Cf. ci-après, nº 163.

[14] Cic., *pro Cluentio*, 31. « Nec sine ignominia calumniæ relinquere accusationem (poterat). An ut prævaricaretur? » – Le même, *ad Quintum fratrem*, II, 16.– Asconius *in Cic. in toga candida*, p. 87 Orelli. « Ut Clodius infamis fuerit prævaricatus esse. » – Ps. Asconius *in divinat. arg.*, p. 99, 9 Orelli.

[15] Ce qui exige la majorité des voix. Lex (Acilia) repetundarum, c. 16. lin. 55. – Cic., *pro Cluentio*, 27. « In consilium erant ituri iudices xxxii; sententiis xvi absolutio confici poterat. » – Le même, *ad familiares*, VIII, 8. – Plutarque, *Marius*, 5.

[16] La formule était : Fecisse videri, comme on disait : fecisse non videri en cas d'absolution. Cic., *in Verrem*, II, 2, 38. II, 3, 6; *in Pisonem*, 40; *ad Atticum*, IV, 16; *Academ.*, II, 47. — Cf. Brissonius, *de formulis*, V, 218.

[17] Lex (Acilia) repetundarum, c. 17. 19. 20. 21, lin. 56. 58 sqq. – Cic., *pro Cluentio*, 41; *in Verrem*, I, 13, et Ps. Asconius *ad h. l.*, p. 145 sq. Orelli. – Velleius Paterc., II, 8. Cf. Pline, *epist.*, II, 11.

[18] D'abord, nous ne trouvons aucun exemple de *provocatio ad populum*. Ensuite notre proposition est implicitement confirmée par la tentative d'Antonius d'introduire l'appel dans les *quæstiones de vi et de maiestate*. Cic., *Philipp.*, 1, 9. *Voy.* au reste la note suivante.

[19] Lex (Acilia) repetundarum, c. 22, lin. 70 sqq.– Cic., *in Vatinium*, 14. « Fecerisne, quod in hac republica non modo factum ante nunquam est, sed in omni memoria sit omnino inauditum? Appellarisne tribunos plebis ne causam diceres ? Cf. *Schol. Bob.*, p. 310 Orelli. — Pourquoi les jugements des *quæstiones perpetuæ* étaient-ils à l'abri de la *provocatio* et de l'intercession des magistrats? L'on a supposé qu'ils en auraient été dispensés par une loi. Cette explication est admissible en ce qui concerne l'intercession (la loi *Acilia*, *l. l.*, nous en fournit d'ailleurs un exemple), mais point à l'égard de la *provocatio*. Nous pensons que cette particularité s'explique par l'origine civile des *quæstiones perpetuæ*. Cf. ci-après, nº 98.

Mais il va sans dire qne les effets de la condamnation peuvent être annihilés par un décret du peuple qui accorde au condamné la restitution en entier [20].

94. Il nous reste à exposer rapidement l'organisation des tribunaux permanents [21].

Dans la première *quæstio*, celle *de repetundis*, qui avait été créée dans l'intérêt des alliés et des provinciaux, la présidence du tribunal et le soin de le composer étaient tout naturellement déférés au *prætor peregrinus*, et cet état de choses est encore maintenu comme transitoire par la loi (*Acilia*) *repetundarum* [22]. Mais, dans la suite, les présidents des divers tribunaux furent pris parmi les préteurs élus pour l'administration des provinces, lesquels, avant de prendre possession de leurs gouvernements, tiraient au sort les diverses *quæstiones* [23], qu'ils auraient à présider comme *quæsitores, quæstores, iudices* [24]. Parfois cependant, sans que nous puissions préciser dans quels cas et pour quelles causes, la présidence d'une *quæstio* est confiée soit à un magistrat extraordinaire, à ce spécialement commis [25], soit à un membre du jury, désigné ou tiré au sort par le pré-

[120] Tabula Heracleensis, c. 8. lin. 118. — Cic., *Philipp.*, II, 23. — César, *de bello civili*, I, 3. — Appien, *de bellis civilibus*, I, 33. — *Schol. Bob.*, p. 301, 7 Orelli, et ci-dessus, note 63. — Cf. Sénèque, *Controv.*, III, 23; Ps. Quintilien, *declam.*, 372. « Iudicia iudiciis rescindi non possunt. » combinés avec Valère-Maxime, V, 4, 7, et Pline, *H. N.*, VII, 36, pr.

[21] Le lecteur qui désire connaître les détails de cette matière aride et peu claire peut recourir aux ouvrages que nous avons indiqués au commencement du paragraphe, ci-dessus, p. 159, note †.

[22] Lex (Acilia) repetundarum, c. 6, lin. 12. « Prætor qui inter peregrinos ius deicet, is in diebus proxumeis quibus hac lege populus plebesve iousserit, facito utei CDL viros legat. » c. 7, lin. 15 sqq.

[23] *Voy.* ci-dessus, page 112, notes 23. 24.

[24] Varron, *de l. l.*, V, 81 (IV, 11 Gothofr. — p. 24, Bipont.). — Cic., *in Vatinium*, 14; *in Verrem*, I, 10. II, 1, 19, et Ps. Asconius *in hh. ll.*, p. 140, 18. 172, 3 Orelli. — *Schol. Gronov. in Verrin.*, I, 2, p. 387, 33 Orelli. — Orelli, *inscr.*, 3109. — Cf. ci-dessus, p. 112, note 21. — Lex (Acilia) repetundarum c. 8, l. 19. « ad iudicem in eum annum, quei ex hac lege erit, in ious educito, nomenque eius deferto. » Cf. Cic., *in Verrem*, II, 4, 31.

[25] L'on pourrait critiquer le mot *magistrat* dont nous nous servons, par la raison que rien n'indique que ces présidents-suppléants aient été élus par le peuple, qu'il est même plus probable que c'était le préteur qui les choisissait. Cf. Cic., *pro Cluentio*, 33. 33; *in Vatinium*, 11. 14. Cependant comme la terminologie n'est pas absolument rigoureuse, nous avons employé le mot pour distinguer cette espèce de *quæsitor*, ayant un caractère permanent, du suppléant pris parmi les juges et qui ne siégeait que dans la cause pour laquelle il était désigné. Nous avons pu le faire d'autant plus que dans plusieurs inscriptions les qualifications de *quæsitor* et *iudex quæstionis* sont mentionnées parmi les autres magistratures du personnage dont il s'agit (car il est à remarquer que ces suppléants permanents étaient habituellement pris parmi des citoyens qui avaient déjà rempli au moins des magistratures mineures, telles que la questure, l'édilité. (Cic., *Brutus*, 76; *pro Cluentio*, 29 *in f.* — Suétone, *César*, 11.) *Voy.*, *Corpus inscript. latinarum*, I, p. 278, VI (592 Orelli). « C. Octavius....., pater Augusti, Tr. mil. bis. Q(uæstor). Æd. pl. cum. L. Toranio. Iudex quæstionum. Pr(ætor). Procos... » — *Ibidem*, p. 279. XI (569 Orelli; p. 360 Gruter). « C. Claudius Pulcher Q(uæstor). III vir a. a. f. f. Æd. ær. Iudex q. veneficiis. Pr. repetundis. Curator vis sternundis. Cos. cum Perperna. — Orelli, *inscr.*, 587. « P. Claudius.... Pulcher. Q(uæstor). Quæsitor. Pr(ætor). Augur... ». 3109. « Q. Vario,.... Procos. P(rætori). Tr. pl. Q(uæstori). Quæsitori iudic. Præf. frum. dando. X vir stlitibus iud. Curatori ædium sacr. » 3827. 6450 (p. 360 Gruter).

teur [125]. Ces présidents suppléants portent également le titre de *quæsitor* ou bien celui de *iudex quæstionis* [26].

Les juges ou jurés qui devaient siéger sous la présidence du *quæsitor* étaient pris sur une liste de citoyens, *album iudicum*, que le préteur rédigeait, en classant les noms par ordre de tribus, et qui était exposée dans le *forum* [27]. Nous trouvons deux modes de composer, à l'aide de cette liste, le jury qui doit siéger dans chaque cause. Le premier de ces modes, probablement le plus ancien, se trouve décrit dans l'inscription que nous avons l'habitude d'appeler la loi *Acilia de repetundis* [28]. D'après cette loi, la liste doit comprendre 450 citoyens [29], parmi lesquels l'accusateur et l'accusé peuvent en proposer chacun cent, sauf à la partie adverse à en récuser cinquante, *reiicere*, de sorte que le tribunal se trouve définitivement composé de cent membres [30], qu'on appelle *iudices editicii*, de *edere*, proposer [31]. Ce mode était conforme à la vieille maxime des Quirites, d'après laquelle, en matière civile, le citoyen ne devait avoir que des juges de son choix [32] : il fut maintenu plus tard, quand les *quæstiones perpetuæ* eurent pris un caractère décidément pénal [33]; cependant dans la

125 Dans l'une comme dans l'autre de ces deux hypothèses, il y avait probablement lieu à récusation. *Schol. Bob. ad Vatin.*, 14, p. 323 Orelli. Cf. ci-après, § 44.

26 *A*) Quæsitor ou quæstor. Cic., *pro Plancio*, 17. 42; *ad Quintum fratrem*, III, 1. 24. III, 33. 2. — Asconius *in Milon.*, c. 12, p. 46, 9 Orelli. — *Schol. Bob. ad Vatin.*, 14 sq., p. 323, 2. 11 Orelli. *B*) Iudex quæstionis. Cic., *Brutus*, 76; *pro Roscio Am.*, 4; *in Verrem*, II, 1. 61; *pro Cluentio*, 27. 29. 33. 54; *in Vatinium*, 14. — Ps. Asconius *ad Verrin.*, II, 1, 61, p. 201, 22 Orelli. — *Schol. Bob. ad Vatin.*, 14, p. 323 Orelli. — *Mosaic. legum collatio*, I, 3. 1. — Fr. 1, § 1, D., *ad legem Corn. de sicariis*, 48. 8. — Cf. Suétone, *César*, 11. — Fr. 1, pr. D., *ad legem Corn. de sic.*, 48. 8. — Le titre *iudex quæstionis* appartenait-il exclusivement aux suppléants permanents? La chose est possible, mais non certaine, comme il y a, en général, beaucoup d'incertitude dans les détails de cette institution des présidents-suppléants. *Voy.* les ouvrages que nous avons rappelés à la note 120 et auxquels il convient de joindre : Sigonius, *de iudiciis*, II, c. 5. — Noodt, *de iurisdictione*, II, c. 5. — Schulting, *ad Mosaicarum leg. collat.*, I, 1. 3. — Heineccius, *Antiquitatum syntagma*, IV, 18, 15, et surtout Madvig, *de Asconii Pediani commentariis*, p. 122 sqq. et Mommsen, *Staatsrecht der Römer*, II, p. 547 sqq.

27 Lex (Acilia) repetundarum, c. 6, lin. 14. « (Eorum) nomina in tabula, *in albo*, atramento scriptos, patrem, tribus cognomenque, tributim descriptos hab[eto]. « Dans les premiers temps, il y avait un *album* pour chaque *quæstio*; depuis Sulla, il paraît que le préteur urbain dressait une liste générale dont les membres étaient distribués aux divers tribunaux par les soins des questeurs de la ville. Cic., *pro Cluentio*, 43. — Suétone, *Claude*, 16. — Sénèque, *de beneficiis*, III, 7. — Dion Cassius, XXXIX, 7.

28 *Voy.* ci-dessus, note 109.

29 Lex (Acilia) repetundarum, c. 6. lin. 12 (ci-dessus, note 121).

30 Lex (Acilia) repetundarum, c. 6-8. lin. 12-26.

31 Cic., *pro Plancio*, 15. 16. 17; *pro Murena*, 23. — Servius, *ad Verg. Ecl.*, III, 50. — *Schol. Bob. in Planc. arg. et c.* 1, p. 254. 261 Orelli.

32 Cic., *pro Cluentio*, 43. « Neminem voluerunt maiores nostri.... esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset. » Cf. ci-dessus, nos 19. 20 et ci-après, no 96.

33 En dehors de la *quæstio repetundarum* jusqu'à Sulla, nous ne le rencontrons cependant qu'à l'occasion du crime de brigue, *ambitus* (Cic., *pro Murena*, 23) et des *sodalicia*. *Voy.* la note suivante.

quæstio de sodaliciis, il subit une modification qui violait l'équité d'une manière frappante au préjudice de l'accusé [134]. D'après le second mode, qui finit par devenir le plus usité, le président tirait au sort le nombre de citoyens légalement requis, *sortitio* [35]. Le tirage fait, chaque partie pouvait récuser les noms qui ne lui convenaient point, *reiicere* [36]; et s'il était fait usage de cette faculté, il y avait lieu de procéder à un ou plusieurs tirages complémentaires, *subsortitio* [37]. Le nombre de juges nécessaire pour constituer le jury variait dans les différentes *quæstiones,* mais il était toujours relativement considérable [38].— Nous avons dit plus haut que la liste dans laquelle on prenait les jurés était rédigée par le préteur compétent. Dans les premiers temps c'était le préteur lui-même qui choisissait les citoyens qui y devaient figurer, de là *selecti iudices* [39]; son choix était cependant limité en ce sens qu'il ne pouvait prendre que des membres du sénat, restriction toute naturelle puisque c'était à ce corps qu'incombait le soin de veiller aux intérêts des alliés et des provinciaux, en faveur desquels la première *quæstio* avait été créée par la loi *Calpurnia* [40]. La partialité que les sénateurs montraient dans l'accomplissement de ces fonctions engagea C. Gracchus, en 631, à les leur enlever et à les confier aux chevaliers, *lex Sempronia iudiciaria* [41]. Cette réforme a lieu de nous

[134] La loi *Licinia de sodaliciis* (699) autorise l'accusateur à prendre à son gré quatre tribus et à les proposer à l'accusé qui en peut récuser une; après quoi, l'accusateur choisit librement parmi les juges des trois autres tribus. Cic., *pro Plancio,* 15. 16, et *Schol. Ambros. ad c.* 15, p. 252 sq. Orelli.

[35] Fragm. florent. legis Pompeiæ, lin. 10 (Bruns, p. 72). — Cic., *in Verrem,* I, 6, 10. II, 1, 2; *pro Cluentio,* 37; *pro Plancio,* 17; *ad Atticum,* I, 16; *ad Quintum fratrem,* II, 1, 2. — Suétone, *Octave,* 29. — Ps. Asconius *et Schol. Gronov. in Verr.*, I, 6, p. 131 sq. 392, 28 Orelli.

[36] Cic., *in Verrem,* I, 3. 6. 7; II, 5, 60; *in Vatinium,* 11, et *Schol. Bob. ad h. l.*, p. 321 Orelli; *pro Plancio,* 15; *Philipp.*, XII, 7. Cf. *de oratore,* II, 70. « Eiero, iniquus est. » — *Schol. Gronov. in Verr.*, I, 6. p. 392, 28 Orelli. — Le nombre des récusations fut considérablement restreint par une loi *Cornellia Sullæ* qui disparut bientôt (Cic., *in Verrem,* I, 3. 6. 7; II, 1. 2; 2, 31, 32 et *Schol. Gronov. laud.*), et plus tard par les lois *Pompeiæ de vi* et *de ambitu.* Plutarque, *Pompée,* 55. — Asconius *in Milon. arg. et c.* 35. p. 39 sq., 53 Orelli. — Dion Cassius, XL, 52. 55.

[37] Cic., *in Verrem,* I, 6 et Ps. Asconius, *ad h. l.*, p. 132, 8 Orelli. — Cic., *ibidem,* II, 1, 19. 61; *pro Cluentio,* 32. 33. 35. 37; *pro Plancio,* 17. — Le même terme *subsortitio* est employé quand il s'agit de pourvoir au remplacement d'un juré empêché de siéger. Cic., *in Verrem,* I, 10; II, 1. 61; *pro Cluentio,* 33.

[38] Nous trouvons les chiffres de 32, 50, 51, 57, 65, 70, 75, 100. Lex (Acilia) repetundarum, c.8. lin. 23. 24. 25, ci-dessus, note 30. — Cic., *pro Cluentio,* 27; *pro Flacco,* 2; *in Pisonem,* 40; *ad Atticum,* I, 16, 5; IV, 15, 4. IV, 16. 9. — Asconius *in Scaur.*, c. 2; *in Milon. arg.*, p. 30. 40 Orelli. — *Schol. Bob.*, p. 330 Orelli.

[39] Cic., *pro Cluentio,* 43. — Sénèque, *de beneficiis,* III, 7. — Orelli, *inscr.*, 6158.

[40] Cf. ci-dessus, n° 92.

[41] Cic., *in Verrem,* I, 13. — Velleius Paterculus, II, 6. 13. 32. Florus, III, 13. 17. — Pline, *H. N.*, XXXIII, 8, 3. — Tacite, XII, 60. — Appien, *de bellis civ.*, I, 22. — Nonius Marcellus, VI, 36. v. *Bicipitem.* — Ps. Asconius *in divin.*, c. 3; *in Verrem,* I, 13; p. 103, 5; 145, 12 Orelli. — D'après le témoignage isolé de Plutarque, la loi Sempronia aurait institué comme juges trois cents chevaliers et trois cents sénateurs. Plutarque, *Ti. Gracchus,* 16; *C. Gracchus,* 5; *comparatio Gracchorum cum Agide et Cleomene.*

surprendre. Il eût été préférable, ce nous semble, d'agir d'une manière plus radicale, en donnant au jury criminel le caractère d'une vraie représentation nationale que présentait le grand jury civil des centumvirs, comme le fit plus tard la loi *Plautia*[142]. Mais il est probable que C. Gracchus, en accordant ce privilége aux chevaliers, était guidé par le désir de rendre la partie opulente de la classe moyenne favorable à ses projets de réformes. Quoi qu'il en soit, la demi-mesure, tout en irritant violemment le sénat, ne produisit, en aucune façon, les résultats favorables que l'auteur en avait espéré obtenir. Les chevaliers n'en continuèrent pas moins leurs pratiques d'exploitation de la chose publique et, dans leurs nouvelles fonctions, ils ne tardèrent pas à montrer la même partialité que leurs prédécesseurs [43], à tel point que, déjà seize ans après la loi *Sempronia,* le consul Q. Servilius Cæpio proposa une loi à l'effet de rendre les jugements criminels aux sénateurs [44]. Cependant un an après, la loi *Servilia Glauciæ* restitua le privilége aux chevaliers [45] et, en 663, Livius Drusus tenta de le partager entre les deux ordres [46]. Enfin une loi *Plautia* (684) appliqua le principe électif à la matière, en statuant que, pour former une liste générale de juges, chaque tribu élirait librement quinze citoyens [47]. Ce système ne put trouver grâce devant le dictateur Sulla qui abolit l'état de choses antérieur à la loi *Sempronia* [48]; mais en 684 le préteur L. Aurelius Cotta fit voter par les tribus une loi qui, tout en reprenant le principe de la loi *Plautia*, ordonna de former la liste des juges de trois classes ou décuries de citoyens, composées de sénateurs, de chevaliers et de tribuns du trésor, *tribuni ærarii* [49]. Les dispositions

142 *Voy.* ci-après, note 47.

43 Cicéron fait dans plus d'un endroit un grand éloge des chevaliers juges; mais nous trouvons un langage bien différent chez Tite-Live, *epit.* LXX; Velleius Paterc., II, 13; Florus, III, 13. 17; Dion Cassius, fr. 283 sq., ed. Gros (106, 107 Peiresc.); Orose, V, 17.—Appien, *de bellis civ.*, I, 22, fait un tableau effrayant de la corruption des deux ordres.

44 Cic., *de invent. rhet.*, I, 49; *Brutus*, 43. 44. 86. — Tacite, *Ann.*, XII, 60.

45 Cic., *Brutus*, 62; *pro Scauro*, I, 2, et Asconius, *ad h. l.*, p. 21, 10 Orelli.

46 Tite-Live, *epit.* LXX. LXXI. — Velleius Paterculus, II, 13. — Appien, *de bellis civ.*, I, 35. — Aurelius Victor, *de viris illustribus,* 66.

47 Asconius *in Cornelianam,* p. 79, 7 Orelli. « M. Plautius Silvanus, tr. plebis.... secundo anno belli italici (664), cum equester ordo in iudiciis dominaretur, legem tulit adiuvantibus nobilibus.... Ex ea lege tribus singulæ ex suo numero quinos denos suffragio creabant qui eo anno iudicarent. Ex eo factum est, ut senatores quoque in eo numero essent et quidem ex ipsa plebe. » Malgré la liberté laissée aux tribus, il parait que les choix tombaient de préférence sur les membres des deux ordres privilégiés. Cf. la phrase finale du passage d'Asconius et Cic., *pro Cornelio,* fr. 27, p. 451 Orelli. « Memoria teneo, cum primum senatores cum equitibus romanis lege Plautia iudicarent, ... Cn. Pompeium causam lege Varia de maiestate dixisse. »

48 Cic., *in Verrem,* I, 13. 16. 17, et Ps. Asconius, *ad c.* 13 et 16, p. 145, 9. 161, 10 Orelli. — Velleius Paterc., II, 32. — Tacite, *Annales,* XI, 22. — Ps. Asconius et *Schol. Gronov. in divin.*, c. 3, p. 103, 7. 384, 7 sqq. Orelli.

49 Cic., *pro Cluentio,* 47; *ad Atticum,* I, 16, 3; *ad Quintum fratrem,* II, 6, 6. — Tite-Live, *epit.* XCVII.—Velleius Paterc., II, 32. — Asconius *in Pison.*, c. 39; *in Cornelianam,* p. 16, 19. 67, 5. 78 sq. Orelli.

de la loi *Aurelia* furent plus ou moins modifiées par Pompée, César et Antoine [150]; enfin Octavien les rétablit, tout en ajoutant une quatrième décurie, qui était composée de citoyens payant la moitié du cens équestre (de là *ducenarii*) et n'avait compétence que pour des causes de moindre importance, *lex Iulia iudiciaria, iudiciorum publicorum* [51].

95. En consultant les faits constants et probables de l'histoire primitive de Rome, nous sommes arrivé à la conclusion que, dans l'origine, les Quirites, sans avoir des lois pénales positives, déféraient arbitrairement à la vindicte publique les faits qui leur paraissaient porter atteinte à la communauté entière et dont, par conséquent, l'auteur se mettait en hostilité avec la nation même. Cette manière de voir se trouve énergiquement exprimée par le terme *perduellio,* qui comprend dans l'ancien langage tout crime public. L'on ne tarda pas, cependant, à analyser et à distinguer. Déjà de bonne heure on désigna comme un crime particulier, sous le nom de *parricidium,* le meurtre d'un proche parent et, par extension, tout meurtre commis sciemment et méchamment, et la loi des Douze Tables soumit à la justice criminelle un grand nombre de méfaits, notamment la félonie envers le client ou le patron, le vol de récoltes, le crime d'incendie, la prévarication des juges, le faux témoignage, les sortiléges et certaines injures [52].

Durant dix générations le catalogue des crimes publics ne fut augmenté que par quelques lois qui punirent le péculat, la brigue et peut-être le *plagium* [53]. Mais si la législation ne s'occupa guère du droit pénal, l'autorité répressive du peuple se manifesta dans les comices des tribus d'une manière d'autant plus active que les magistrats accusateurs agissaient avec un arbitraire illimité [54]. Ce serait un travail fastidieux que d'énumérer tous les faits, souvent insignifiants et indifférents d'après nos idées modernes [55], qui furent ainsi poursuivis et punis pendant plus de quatre

[150] Pompée. Cic., *Philipp.*, I, 8. — Asconius *in Pison.*, c. 39, p. 16, 22 Orelli. — Ps. Salluste, *de republica ordinanda*, II, 3. (p. 304 Bipont.). — Jules César. Suétone, *César*, 41. — Dion Cassius, XLIII, 25. — Antoine. Cic., *Philipp.*, I, 8. V, 5 sq. XIII, 3.

[51] Suétone, *Octave*, 32. — Pline, *H. N.*, XXXIII, 7. — Caligula ajouta une cinquième décurie. Pline, *l. l.*, c. 8. — Suétone, *Caligula*, 16.

[52] *Voy.* ci-dessus, nos 17. 18.

[53] *Leges Pœtelia* (395), *Cornelia Bæbia* (573), *Cornelia Fulvia de ambitu*. Tite-Live, IV, 25. VII, 15. IX, 26. XL, 19, *epit.* XLVII. — *Schol. Bob.*, p. 361 Orelli. — *Peculatus.* Tite-Live, V, 32. XXV, 3. XXXVII, 57. XXXVIII, 54-60. XXXIX, 6. — Aulu-Gelle, IV, 18. — Aurelius Victor, *de viris ill.*, 50. Cf. Polybe, VI, 56, 13 sqq., et ci-après, note 162. — *Lex Fabia de plagiariis,* peut-être de 571. Cic., *pro Rabirio perd. reo* 3. — Ulpien, *Mosaic. legum collatio*, XIV, 3. « Lege... Fabia tenetur, qui civem romanum eumdemque, qui in Italia liberatus sit, celaverit, vinxerit, vinctumque habuerit, vendiderit, emerit.... Eiusdem legis capito secundo tenetur, qui.... alienum servum invito domino celaverit, vendiderit, emerit dolo malo. »

[54] Cf. ci-dessus, no 90.

[55] Pour s'en convaincre, il suffit de lire Valère-Maxime, VIII, 1, *damnati,* 2-8, où nous voyons

siècles : il suffira de signaler dans le nombre les délits contre la religion et les sortiléges, la violation des lois agraires, l'outrage à la pudeur, l'usure (*usuraria pravitas*), l'accaparement des denrées (*annona*), les voies de fait, etc. [156]. L'institution des *quæstiones perpetuæ* ouvre une ère nouvelle dans l'histoire de la législation pénale. Des lois appartenant aux deux premières générations du septième siècle créèrent deux nouveaux crimes publics, les répétondes et le *crimen maiestatis*. Nous avons assez parlé du premier de ces crimes pour pouvoir nous borner ici à le mentionner [57]. Les lois qui s'occupent du second, et dont la plus ancienne peut être rapportée à 653 [58], embrassèrent un grand nombre de faits que l'on avait été habitué à considérer comme rentrant dans le domaine de la *perduellio* et contribuèrent ainsi à rendre les poursuites de ce chef moins fréquentes [59]. D'autres lois, que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner [60], établirent des *quæstiones* chargées de juger divers crimes, dont plusieurs, à la vérité, avaient déjà été prévus par des lois antérieures, notamment : le meurtre, le parricide, l'empoisonnement, l'incendie [61]; le faux monnayage et le crime de faux dans diverses autres applications; la brigue; les faits de violence; le péculat et le reliquat de compte des valeurs publiques et religieuses; l'accaparement des céréales;

des citoyens condamnés pour avoir déploré la mort de L. Appuleius Saturninus, pour avoir chez eux le portrait du même Saturninus, pour avoir construit une maison trop élevée. Mentionnons encore le cas de Claudia, sœur d'Appius Claudius Pulcher qui, par son ineptie, avait perdu la bataille navale de Drepanum où périt un très-grand nombre de soldats romains. Cette dame se trouvant, au sortir des jeux, incommodée par la foule, s'était écriée : « Plût aux dieux que mon frère revînt à la vie pour conduire une nouvelle flotte en Sicile et faire périr cette multitude qui me traite si indignement! » Pour ce propos, elle fut condamnée à une amende de 25,000 as. VALÈRE-MAXIME, *l. l.*, 4. – TITE-LIVE, *epit*. XIX. – SUÉTONE, *Tibère*, 2. – AULU-GELLE, X, 6.

156 *A*) TITE-LIVE, IV, 30. XXV, 1. – PLINE, *H. N.*, XVIII, 6, 41. — *B*) TITE-LIVE, VII, 16. X, 13. 23. 47. XXXIII, 42. XXXV, 10. Cf. ci-dessus, p. 151, note 14. — *C*) TITE-LIVE, VIII, 22-28. X, 31. XXV, 2. – VALÈRE-MAXIME, VI, 1, 7. 8. 9. VIII, 1, 12. — *D*) TITE-LIVE, VII, 28. X, 23. XXXV, 41. – PLINE, *H. N.*, XXXIII, 1. 19. — *E*) TIVE-LIVE, XXXVIII, 35. – PLAUTE, *Captiri*, III, 1, 32-34.—*F*) CIC., *pro Milone*, 14 ; *pro Sestio*, 44; *ad Quintum fratrem*, II, 3, 1. – AULU-GELLE, IV, 14.

57 *Voy*. ci-dessus, nº 92.

58 Dans une *Declamatio in Catilinam*, 19, attribuée au rhéteur Porcius Latro, qui vécut au commencement de l'empire, il est question d'une loi *Gabinia* qui aurait puni le *crimen maiestatis* de la peine de mort et que nous devrions dès lors placer avant l'institution des *quæstiones perpetuæ*. Mais ce témoignage isolé est suspect. La première loi *de maiestate* dont nous ayons une connaissance certaine est la loi *Appuleia*, probablement du tribun L. Appuleius Saturninus, qui périt en 654. Elle fut suivie des *leges Varia* (663), *Cornelia Sullæ* (673), *Iulia Cæsaris* (708). Cf. sur le *crimen maiestatis*, § 3, I., *de iudiciis publicis* 4, 18. – Titt. D., *ad legem Iuliam maiestatis* 48, 4 ; C., *eodem* 9, 8.

59 Il est probable que la loi *Iulia maiestatis* a absorbé la *perduellio*, bien que le nom se rencontre encore dans AMMIEN MARC., XXI, 16. – Fr. 4, D., *de iure patronatus* 37, 14, et L. 2, C., *de bonis eorum*. 9, 5, combinés avec Fr. 9, D., *h. t.*, 48, 4, et Fr. 20, D., *de accusationibus*, 48, 2.

60 Ci-dessus, p. 169 sq.

61 Ces quatre crimes sont punis par la loi *Cornelia Sullæ de sicariis et veneficis* (*voy.*, pour le

l'adultère et d'autres outrages à la pudeur [162]. L'on aurait pu s'attendre à ce que l'institution de ces tribunaux spéciaux, dont chacun avait sa compétence distincte, eût eu pour effet de diminuer l'arbitraire qui avait de tout temps régné dans le droit pénal des Romains. Nous voyons, en effet, la jurisprudence entrer dans cette voie [63]; mais, à cette époque, la science n'avait point encore acquis assez d'autorité pour lutter efficacement contre l'omnipotence du peuple et, quand, quelques générations plus tard, elle fut arrivée à l'apogée de sa puissance, l'arbitraire populaire avait été remplacé par le pouvoir non moins arbitraire et plus envahissant des empereurs.

Les peines qu'entraînent les méfaits dont nous venons de parler peuvent frapper soit la personne du coupable, soit ses biens. Dans la première catégorie, nous avons à signaler d'abord les peines capitales, qui ont pour effet de priver le condamné de la vie, de la liberté ou du droit de cité [64]. La peine de mort, qui, sous les rois, avait été la seule peine capitale, devint de plus en plus rare sous la république. Grâce à l'usage d'accorder au prévenu en liberté moyennant caution, *vades publici*, il avait la faculté de se soustraire par un exil volontaire à la peine dont il était menacé. S'il usait de cette faculté, la république lui interdisait l'eau et le feu pour prévenir son retour, *aqua et igni interdictio* [65]. Cet usage se maintint sous le régime des tribunaux permanents, où l'on recourait rarement à l'emprisonnement préventif, et dans les derniers

crime d'incendie : *Mosaic. legum collatio*, XII, 5. – Fr. 1, pr. Fr. 10, D., *h. t.*, 48, 8. – L. 11, C., *qui accusare non possunt* 9, 6), qui fut bientôt suivie de la loi *Pompeia de parricidiis*. Cic., *pro Cluentio*, 54-57. – §§ 5. 6, I., *de publicis iudiciis* 4, 18. – Titt. D., *ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* 48, 8; C., *eodem* 9, 16. – Tit. D., *de lege Pompeia* (*ad legem Pompeiam*) *de parricidiis* 48. 9.

[162] *A*) *Lex Cornelia* (*Sullæ*) *testamentaria, numaria de falsis*. Cic., *in Verrem*, II, 1, 42. – § 7, I., *de publicis iudiciis* 4, 18. – Titt. D., *ad legem Corneliam de falsis* 48, 10; C., *eodem* 9, 22. — *B*) *Leges Calpurnia* 687, *Tullia* 691, *Aufidia* 695, *Licinia* (*de sodaliciis*) 699, *Pompeia* 702, *Iulia Augusti* 736 *de ambitu*. § 11, I., *h. t.*, 4, 18. – Titt. D., *ad legem Iul. de ambitu* 48, 14; Th. C. *eodem*, 9, 26; I. C. *eodem*, 9, 26. — *C*) *Leges Plautia* (*Lutatia*) 691, *Pompeia* 702, *Iuliæ Cæsaris de vi publica et de vi privata* 708. § 8, I., *h. t.*, 4, 18. – Titt. D., *ad leges Iulias de vi publica, de vi privata* 48, 6. 7; Th. C., *eodem*, 9, 10; I. C., *eodem*, 9, 12. — *D*) *Lex Iulia peculatus et de sacrilegis et de residuis*. § 9. 11, I., *h. t.*, 4, 18. – Titt. D., *h. t.*, 48, 13; Th. C., *eodem* 9, 28; I. C. *eodem* 9, 28. 29. — *E*) *Lex Iulia de annona*. § 11, I., *h. t.* – Tit. D., *ad legem Iuliam de annona* 48, 12. – Fr. 6, D., *de extraordinariis criminibus* 47, 11. — *F*) *Lex Scantinia de nefanda venere* (Cic., *ad familiares*, VIII, 12, 3. 14, 4. – Suétone, *Domitien*, 8. – Juvénal, *Satires*, II, 44. – Ausone, *epigr.* 89). *Lex Iulia Augusti de adulteriis et de pudicitia*. § 4. I., *h. t.*, 4. 18. – Titt. D., *h. t.*, 48, 5; Th. C., *eodem*, 9, 7; I. C., 9, 9.

[63] Cic., *ad Herennium*, I, 12. II, 12; *de inventione rhetorica*, II, 17.

[64] Ulpien, Fr. 2, pr. D., *de pœnis* 48, 19. « Rei capitalis damnatum sic accipere debemus ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit. » – Fr. 2, D., *de publicis iudiciis* 48, 1.

[65] Cic., *pro Cluentio*, 53. « Exsilium enim non supplicium est, sed profugium portusque supplicii. Nam qui volunt pœnam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum vertunt, » et ci-dessus, p. 166, note 57 sqq.

temps de la république la peine de mort ne fut plus appliquée que dans des occasions exceptionnelles [166]. — Depuis les temps les plus reculés, le fait de se soustraire au cens et au service militaire était puni de la perte de la liberté [67]. — Il n'y a pas de doute que le peuple ait pu infliger à un criminel, à titre de peine, la perte du droit de cité ; mais nous n'en connaissons pas d'exemples, à moins qu'on ne veuille admettre que le bannissement, *aqua et igni interdictio,* qui vers la fin de la république figure parmi les peines criminelles [68], ait produit cet effet. Il est certain qu'il en était ainsi sous l'empire [69] ; mais pour notre époque la chose est au moins douteuse [70], bien qu'il soit évident que le banni se trouvait privé de l'exercice de tous les droits que donne la *civitas* et que, de fait, sa personnalité civile était anéantie. — Sans être complétement anéantie, la personnalité civile d'un criminel condamné pouvait subir des atteintes impliquant l'interdiction de certains droits civiques et civils [71] (le degré le plus élevé de ce genre de peine est appelé *infamia, ignominia* [72]) ; mais aucune peine corporelle ne pouvait être infligée à un citoyen romain [73]. Aussi les Romains vantent-ils fréquemment la douceur de leur système

166 Rappelons ici la peine infligée aux parricides que l'on jetait dans la mer, renfermés dans un sac avec un coq, un chien, un singe et une vipère. Cic., *pro Roscio Amerino,* 25. — Tite-Live *epit.* LXVIII. — Valère-Maxime, I, 1, 13. — Paul, V, 24. — Fr. 9, pr. D., *ad legem Pompeiam de parricidiis* 48, 9.

67 *A*) Denys d'Hal., IV, 15. V. 75. — Tite-Live, I, 44. — Cic., *pro Cæcina,* 34. — Ulpien, XI, 11. — *B*) Cic., *pro Cæcina,* 34 ; *de oratore,* I, 40. — Tite-Live, *epit.* LV. — Valère-Maxime, VI, 3, 4. — Nonius Marcellus, I, 67, v. *Nebulones.* — Cf. Fr. 4, § 10, D., *de re militari* 49, 16.

68 Comminée contre les crimes d'incendie, d'empoisonnement, de péculat, de brigue. Cic., *pro Murena,* 23. 41. — Valère-Maxime, VI, 5. 3. — Dion Cassius, XXXVII, 29. XLIII, 27.

69 Pline, *epist.,* IV, 11. — Festus, v. *Deminutus.* — Gaius, 1, 90. 128. 161. — Ulpien, XI, 12. — Paul, Fr. 2, D., *de publicis iudiciis,* 48. 1. — § 2, I., *de capitis minutione,* I, 16.

70 Constatons d'abord que le *comitiatus maximus* seul pouvait statuer de *capite civis* (ci-dessus, p. 162, notes 23 sqq.), que, par suite, il n'est pas admissible que les tribus et les tribunaux permanents aient pu prononcer une peine entraînant la perte du droit de cité. Ajoutons qu'aucun témoignage des anciens ne contredit cette conclusion pour notre époque et que quelques textes semblent l'appuyer. Le célèbre passage de Cicéron, *pro Cluentio,* 34, dont nous avons transcrit le commencement à la note 65, n'est pas décisif, à la vérité, par la raison qu'il traite de l'exil volontaire ; mais la *declamatio pro domo,* 30, est plus concluante, et Suétone, *César,* 41, nous apprend que Jules César introduisit l'innovation que les condamnés criminels ordinaires perdraient dorénavant la moitié de leur patrimoine et les parricides le patrimoine entier.

71 Exclusion du sénat ; incapacité d'obtenir des magistratures, d'être témoin, etc. Tabula Heracleensis, c. 25. 26. — Cic., *pro Cluentio,* 42. « Hominibus ignominia notatis neque ad honores aditus neque in curiam reditus est. » — Fr. 2, D., *de senatoribus* 1, 6. — Fr. 15, pr. D., *de testibus* 22, 5. — Fr. 20, § 5, D., *qui testamenta facere possunt* 28, 1. — Fr. 1, pr. D., *ad legem Iuliam de vi* 48, 7. — Fr. 6, § 1, D., *ad legem Iul. de repetundis* 48, 11.

72 *Voy.* ci-après, § 18.

73 *Voy.* ci-dessus, p. 108, note 29, et p. 138, note 3. — Nous rencontrons, à la vérité, dans les derniers temps, les peines de la relégation et de l'emprisonnement, mais comme mesures extra-légales, infligées par le sénat ou *Cæsariana æquitate.* Tite-Live, XL, 41. — Cic. *in Catilinam,* IV, 4. 5. — Valère-Maxime, VI, 3, 3. IX. 15, 5

pénal [174]. — Les amendes, *multæ*, sont les peines les plus fréquentes de notre époque. Elles sont prononcées par les trois autorités judiciaires (centuries, tribus, tribunaux permanents), soit arbitrairement, soit au taux fixé par la loi en vertu de laquelle se fait la poursuite. Nous lisons dans quelques lois que le magistrat qui se charge des poursuites ordonnées par certaines dispositions de ces lois ne doit requérir, *inrogare*, qu'une amende inférieure à la moitié du patrimoine de l'accusé [75]. L'on a voulu considérer cette disposition comme une règle générale, s'appliquant à toutes les condamnations pécuniaires prononcées en matière criminelle; mais cette hypothèse est incompatible avec les faits historiques [76]. Il nous reste à dire que, dans le dernier siècle de notre époque, on créa fréquemment, pour des contraventions de moindre importance, des amendes d'une nature particulière, dont la poursuite était confiée soit à un magistrat désigné, soit à tout magistrat quelconque, soit même à tout citoyen qui voulait s'en charger [77]. Ces amendes différaient de celles dont nous avons parlé jusqu'ici parce qu'elles se poursuivaient par action civile [78], habi-

[174] Tite-Live, I, 28. X, 9. – Cic., *pro Rabirio perd, reo*, 3. 4. 5; *in Verrem*, II, 5, 54. 57. 62, ci-dessus, p. 138, note 3.

[75] Festus, v. *Publica pondera*..... Duo Silii, Publius et Marcus, tribuni plebis rogarint his verbis : « ...... Si quis magistratus adversus hanc legem dolo malo pondera modiosque, vasaque « publica modica minora maiorave faxit.... eum qui volet magistratus multare, *dum minore parti* « *familias taxat*, liceto, sive quis in sacrum iudicare volet, liceto. » — Tabula Bantina, *le texte osque*, c. 2. 3. 4, lin. 12 sq., 17 sq., 26. 27; *le texte latin*, c. 2, lin. 11 sq. – Cf. Aulu-Gelle, VII, 3, 37.

[76] En 565, L. Cornelius Scipio, surnommé *Asiaticus*, fut condamné à une peine dépassant la valeur de son patrimoine entier. Tite-Live, XXXVIII, 60. — Les dispositions des lois des répétondes, etc., qui condamnent le coupable au double ou au quadruple des sommes extorquées, etc., excluent évidemment la limitation dont il s'agit.

[77] Tabula Bantina, c. 2, lin. 7 sqq. « ..... non fecerit sciens d(olo) m(alo); seive adversus hanc legem fecerit....... eam pecuniam quei volet magistratus exsigito... sei postulabit quei petet, p(rætor) recuperatores... dato, iubetoque eum, si ita pariat, condumnari populo, facitoque ioudicetur...... Sei quis m(agistratus) multam inrogare votet...... partis familias taxsat, liceto.... » — Tabula Heracleensis, c. 1 (6) *in f.*, lin. 17. « is h. s. D populo dare damnas esto, eiusque pecuniæ, quei volet, petitio esto ». *Ibidem*, c. 6 (23) *in f.*, lin. 98; c. 7 (24) *in f.*, lin. 108; c. 8 (25) *in f.*, lin. 125; c. 10 (27) *in f.*, lin. 140. — *Lex Mamilia*, c. 4. 5 (54. 55), ci-après, note 179. Cf. Fr. 3, D., *de termino moto* 47, 21. — Des dispositions de ce genre se rencontrent surtout fréquemment dans les règlements municipaux des derniers temps de la république et du commencement de l'empire. *Voy.* ci-après, nº 107.

[78] M. Bruns, dans un article aussi intéressant que savant *sur les actions populaires*, établit une distinction tripartite des amendes, correspondant aux formules légales : Multa esto. Pœna esto. Is h.s. D populo dare damnas esto, dont les deux premières se rapporteraient aux amendes à recouvrer par action criminelle et la dernière à celles à poursuivre par action civile. *Voy. Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. III, p. 344. L'analyse est rationnelle et en harmonie avec l'esprit de la législation; mais il y a lieu de faire observer d'une part que nous cherchons en vain la ligne de séparation qui existe entre *multa et pœna*, et d'autre part que, dans le langage des anciens, même la formule damnas esto n'est pas nettement distinguée des deux autres. A l'appui de cette observation, nous empruntons à M. Bruns même les deux passages suivants : Labeo, Fr. 244, D., *de verborum signif.* 50, 16, et Aulu-Gelle, VI (VII), 3, 37, en ajoutant qu'il nous paraît plus que

tuellement devant des juges qu'on appelait *recuperatores* et que le magistrat désignait ou tirait au sort, sauf aux parties le droit de récusation [179]. Le montant de ces amendes était acquis au trésor; dans plusieurs cas cependant, le citoyen qui s'était chargé de la poursuite l'obtenait à titre de récompense, au moins en partie [80].

De la justice civile.

96. En traitant de l'époque royale, nous avons cherché à établir que la juridiction civile de l'État a pour base et pour point de départ la soumission libre et volontaire des plaideurs, lesquels, contractant un pari sur la réalité de leurs prétentions respectives, prennent le roi et les assistants pour juges de la gageure et par suite de la question litigieuse. Ce mode d'agir, d'abord tout spontané et facultatif, fut consacré par l'usage et par la loi, et il devint dès lors nécessaire de régler les formalités de la gageure et d'organiser l'autorité qui devait connaître de ces contestations [1]. C'est là l'origine de la *legis actio per sacramentum*, le mode originaire d'introduire un procès en justice, et des deux colléges judiciaires qui, sous les noms de *centumviri* et de *decemviri stlitibus iudicandis* procèdent aux jugements civils sous la direction et la présidence du roi [2].

Des rois, l'administration de la justice passa aux consuls et fut enfin définitivement confiée au préteur [3]. Ces magistrats rendaient la justice, comme l'avaient fait les rois, avec le concours de centumvirs et des décemvirs. Cependant cette manière d'agir ne laissa pas que d'offrir des inconvénients dans certains cas. Il se présente, en effet, des contestations dont l'appréciation exige des connaissances spéciales : rien de plus

probable que le procès plaidé par Cæsulenus, ce « homo infimus ex plebe », dont parle Cic., *Brutus*, 34, était, malgré la *multa* et l'*accusator*, un procès civil en vertu de la formule DAMNAS ESTO.

179 TABULA BANTINA, c. 2, lin. 9. « Prætor recuperatores.... dato, » ci-dessus, note 175. — *Lex Mamilia*, c. 5 (55). « ... Deque ea re curatoris, qui hac lege erit iurisdictio reciperatorumque datio addictio esto. » — Cf. ci-après, n° 106.

80 TABULA BANTINA, c. 2, lin. 10 « condemnari populo, » ci-dessus, note 75. — FRAGMENTUM TUDERTINUM (*Corp. inscr. latin.*, t. I, p. 265, n° 1409. — BRUNS, *fontes*, p. 90.—GIRAUD, *Enchiridion*, p. 641.) « Populi iudicio petere vel in sacrum iudicare licet. »—*Lex Mamilia*, c. 5 (55). « In publicum eorum, quorum intra fines is ager erit, dare damnas esto, ... eiusque pecuniæ quod receptum erit partem dimidiam ei dato, cuius unius opera maxime is condemnatus erit, partem dimidiam in publicum redigito. — *S. C. de aquæductibus*, chez FRONTIN, *de aquis*, c. 127 (BRUNS, *fontes*, p. 108). « pœna H.S. X millia... ex quibus pars dimidia præmium accusatori daretur... » —

1 Pour bien saisir notre hypothèse, il est indispensable de combiner le rapide exposé que nous avons donné ci-dessus, aux n°s 19 et 20 *in fine* avec l'histoire des origines de la procédure civile qui se trouve ci-après, § 45.

2 Sur l'organisation de ces tribunaux, *voy.* ci-après, n° 99.

3 *Voy.* ci-dessus, n°s 56. 57. Les édiles curules avaient aussi une certaine juridiction civile. *Voy.* ci-dessus, n° 59, et ci-après, n° 152, et t. II, § 215.

naturel, dans ce cas, que d'en confier la décision à des personnes ayant ces connaissances [4]. Ainsi nous trouvons que déjà la loi des Douze Tables veut que les contestations sur le règlement des bornes entre deux champs, sur le partage d'une hérédité et sur l'écoulement des eaux pluviales soient soumises à des arbitres que le magistrat fait choisir par les parties et auxquels il donne à la fois le pouvoir et les instructions nécessaires pour juger [5]. L'usage de ce mode d'agir, *legis actio per iudicis postulationem*, plus simple et plus expéditif que les jugements des tribunaux officiels des centumvirs et des décemvirs, s'étendit de plus en plus, et déjà de bonne heure une loi *Pinaria* permit aux plaideurs de solliciter dans certaines contestations la nomination d'un juge privé [6]. L'on comprend dès lors que les procès devant les tribunaux permanents soient devenus de moins en moins fréquents. Cependant on continua de leur soumettre les litiges importants; ils conservèrent et reçurent même par la suite une compétence spéciale dans certaines matières, et le tribunal des centumvirs survécut à la république [7].

97. Quoi qu'il en soit, le nouveau mode d'agir développa et fixa d'une manière précise un principe qui domina, jusque dans les derniers temps de l'empire, toute la procédure civile des Romains : la séparation des actes judiciaires qui appartiennent au magistrat et se font devant son tribunal, *in jure*, d'avec les opérations qui se font devant le juge spécialement choisi pour le procès actuel, *in iudicio*. Voici comment il faut entendre cette séparation :

Régulièrement le préteur borne son action à constater et à décider la question de droit que le procès présente, sans s'occuper de l'examen des faits qui ont créé le rapport litigieux. Aussi se sert-on des termes *ius*

[4] Nous faisons valoir ici exclusivement ce point de vue; mais nous verrons au § 43, n° 2, qu'il y avait encore un autre motif qui dut faire désirer la création de juges privés. — Beaucoup d'auteurs modernes pensent que la procédure qui partage le jugement des procès civils entre le préteur et un *iudex* fut inventée afin de soulager le magistrat surchargé de besogne. Cette explication est quelque peu triviale; elle n'est d'ailleurs point conforme aux traditions romaines. Quand la besogne devient trop forte pour que l'autorité d'un seul homme puisse y suffire, les Romains ne scindent pas les opérations confiées au magistrat : ils créent une magistrature nouvelle ou bien ils donnent au magistrat surchargé des collègues ou des suppléants. C'est ainsi que fut créée la préture urbaine à côté du consulat ; c'est ainsi qu'on augmenta successivement le nombre des préteurs et nomma des *iudices quæstionis*.

[5] Cic., *topica*, 10; *de legibus*, I, 21. — Cic., *pro Cæcina*, 7, combiné avec Fr. 1, pr. Fr. 37, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. Cf. Nonius, V, 34, v. *Iurgium*, et ci-après, t. II, § 278. — Cic., *topica*, 10 et Fr. 22, § 2, D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3, combinés avec Fr. 21, pr. D., *de statu liberis* 40, 7, et Fr. 5, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — *Voy.* encore Festus, v. *Vindiciæ*.

[6] Gaius, IV, 42, et ci-après, § 43, n° 1. La loi *Pinaria*, dont parle Gaius, est probablement fort ancienne; rien ne nous autorise cependant à la croire identique avec la loi mentionnée par Macrobe, *Saturn.*, I, 13, et qui a été rendue en 281, sous le consulat de L. Pinarius et Furius.

[7] *Voy.* ci-après, n° 99.

dicere, iuris dicto pour désigner les attributions spéciales des magistrats chargés de rendre la justice [8]. Naturellement si, à la suite des explications que les parties échangent devant le magistrat, il ne reste aucun doute sur le fondement des prétentions du demandeur, rien n'empêche le magistrat de prononcer sur-le-champ [9]; mais toutes les fois qu'il y a contestation sur les faits, le magistrat se borne à dire ce qui est droit; en d'autres termes, il examine si, en supposant vrais les faits avancés par la partie demanderesse, il y a lieu de lui accorder la protection qu'elle réclame. En cas d'affirmative, il constate le point sur lequel roule la contestation, et après avoir prescrit la solution qu'elle devra recevoir d'après le droit des Quirites, au cas que les allégations des demandeurs se trouvent vraies, il renvoie les parties devant le juge de leur choix [10], qui n'a plus qu'à examiner le point de fait pour prononcer le jugement d'après la solution qui a été d'avance indiquée par le magistrat [11]. Cette solution se trouve consignée dans une instruction écrite, *formula*, dans laquelle le magistrat constitue le juge, et, après avoir constaté le point litigieux, lui ordonne de condamner le défendeur si les faits allégués dans la demande sont établis, et de le renvoyer de la poursuite dans le cas contraire : SI PARET, CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE [12]. Les parties acceptent la formule, en prenant les assistants à témoin — de là *litis contestatio* [13] — et se rendent ensuite auprès du juge devant lequel la preuve des faits contestés doit être fournie, après que le magistrat a préjugé la question de droit. Tout ce qui se fait devant le magistrat se dit *in jure actum;* les

[8] Fr. 1, 3, *in f.* D., *de iurisdictione* 2, 1, et ci-après, § 42.

[9] Ainsi, quand le non-fondement des prétentions du demandeur est constant, le préteur le renvoie immédiatement, en lui refusant la faculté d'agir, *actionem* ou *iudicium denegat. Voy.* ci-après, § 42, et Cic., *pro Flacco,* 21 ; *ad Herennium,* II, 12.—Fr. 27, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Quand, par contre, le défendeur avoue les faits sur lesquels le demandeur fonde ses prétentions, le magistrat condamne sur-le-champ, sans qu'il soit besoin de procéder au *iudicium : In iure confessus pro iudicato habetur. Voy* ci-après, § 42, note 9 et § 47.

[10] Nous disons *le juge de leur choix* Régulièrement, en effet, le juge était choisi par les parties (ci-après, § 47), et c'est à cet usage qu'on a l'habitude de rapporter Cic., *pro Cluentio,* 43. « Neminem voluerunt maiores nostri, non modo de existimatione cuiusquam, sed pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset, » bien que Cicéron n'y parle point des juges civils. Nous voulons bien admettre qu'on puisse appliquer ce passage également à cet ordre d'idées; mais la proposition de Cicéron a évidemment une portée plus grande. Cf. ci dessus, p. 58, note 28, et ci-après, n° 98 *initio.*

[11] C'est donc avec raison que l'on a dit que le préteur décidait la question de droit et le *iudex* la question de fait. C'est là du moins l'idée originaire, comme l'indique d'ailleurs le terme *ius dicere,* qui sert à désigner l'action du magistrat. Mais il est tout naturel que les rapports juridiques se compliquant de plus en plus avec les progrès de la civilisation, l'examen des faits a dû, plus tard, souvent virtuellement comprendre des questions de droit. Cf. ci-après, n° 136.

[12] *Voy.* les détails ci-après, §§ 44. 45.

[13] *Formulam* ou *iudicium accipere,* disent nos sources. Gaius, IV, 57. 114. La *litis contestatio* constate la soumission volontaire des plaideurs dans l'*actio per iudicis postulationem,* comme le dépôt de l'enjeu le fait dans l'*actio per sacramentum.*

opérations faites devant le juge sont des actes *in judicio*. — Telle était, vers la fin de la république, le mode ordinaire de procéder en justice. Cependant on agissait différemment dans les causes centumvirales et décemvirales, où le préteur ne se bornait pas à dire droit, mais présidait lui-même au *judicium* [14]. Parfois aussi, dans d'autres cas, le magistrat, au lieu d'attribuer l'examen des faits à un juge privé, se chargeait lui-même de ce soin, cumulant ainsi les opérations *in jure* avec celles du *judicium*. Cette marche était surtout suivie quand on demandait au préteur protection pour des rapports non prévus par le droit en vigueur. Dans ces hypothèses, en effet, le magistrat, ne pouvant prescrire une marche légale alors que la loi n'en traçait point, devait rechercher lui-même si les faits produits étaient de nature à mériter une protection en dehors des règles légales, protection que lui seul pouvait accorder en vertu de son *imperium* [15].

98. Les jugements rendus en matière civile, soit par les deux tribunaux permanents que nous avons mentionnés, soit par des juges privés, étaient à l'abri de l'appel au peuple et de l'intercession des magistrats. L'on pourrait être tenté d'attribuer cette particularité à ce que les centumvirs et les décemvirs constituaient une représentation nationale. Mais cette raison ne résoudrait point la question pour les juges particuliers; elle n'est pas même concluante pour les deux tribunaux, car il n'y a aucune raison de refuser l'appel du délégué au délégant. Pour nous, le fait s'explique tout naturellement par la considération que la juridiction civile a pour base et pour point de départ la soumission libre et volontaire des parties. Aussi les mesures que le magistrat peut prendre avant la constatation de la soumission des parties ou après le jugement rendu peuvent-elles rencontrer l'intercession d'un magistrat pair ou plus élevé [16].

Avant de clore cet exposé, nous avons à rappeler que certains méfaits qui, d'après nos idées, appellent la vindicte publique étaient considérés

[14] *Voy*. ci-après, note 25.

[15] Nous nous bornons ici à citer le cas de la restitution en entier. Quand un acte, valable d'après le *ius civile*, était de nature à produire des effets iniques au préjudice de l'une des parties, les préteurs se permettaient parfois de rescinder cet acte et d'agir comme s'il n'avait jamais existé. Cela s'appelait *in integrum restituere*, *remettre les choses dans l'ancien état*. Mais on comprend que la question de savoir s'il y avait lieu d'agir ainsi, même contrairement à la loi, ne pouvait être abandonnée à un *iudex privatus* et que c'était au préteur à examiner lui-même s'il devait faire usage de son *imperium*. *Voy*. ci-après, n° 120 et §§ 72-75.

[16] Lex (Thoria) agraria, c. 17, lin. 36. — Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20, lin. 51. — Cic., *pro Quinctio*, 7. 20; *divinat. in Cæc.*, 17; *in Verrem*, II, 1, 46; *Acad.*, II, 30. — Tite-Live, VI, 27. « se (tribunos) nec addici quemquam civem romanum ob creditam pecuniam passuros. » et ailleurs: « duci addictos non sinebant (tribuni). Cf. XXXVIII, 60, et Aulu-Gelle, VII, 19, 5. — Valère-Maxime, VII, 7. 6. « Adpellatus Mamercus (consul).... prætoriam iurisdictionem abrogavit. » Pline, *epist.*, I, 23. — Asconius *in orat. pro toga candida*, p. 84, 15 Orelli. — Cf. César, *de bello civili*, III, 20. — Asconius *in Milon.*, c. 14, p. 47, 10 Orelli. — Table de Malaga, c. 27.

à Rome comme autorisant simplement la demande d'une peine pécuniaire à poursuivre par une action civile. Nous avons vu que, dans l'époque précédente, ces méfaits, qu'on appelle *delicta privata*, étaient au nombre de deux : le vol, *furtum*, et les injures, *injuriæ* [17]. Sous la république, on en doubla le nombre en créant deux actions nouvelles, l'une pour une nuance de vol sous le nom de *bona vi rapta*, l'autre pour une nuance des injures sous le nom de *actio de damno injuria dato* ou *actio legis Aquiliæ*, d'après la loi qui l'avait créée [18]. En outre, on accorda des actions civiles, à l'effet de poursuivre des peines pécuniaires du chef de certains faits qui, sans être qualifiés de délits, étaient cependant jugés d'une manière analogue, l'auteur du fait étant déclaré obligé *quasi ex delicto* [19]. Enfin il est intéressant de faire observer que pour certains autres faits, dont la plupart rentrent, d'après nos idées, dans la catégorie des contraventions de police, les Romains admettaient une action civile qui pouvait être intentée par tout citoyen — de là *actio popularis* —, à l'effet d'obtenir du coupable le payement d'une amende ou peine pécuniaire [20].

99. Il nous reste à faire connaître les juges qui avaient mission de procéder au *judicium* dans les procès civils.

Nous trouvons d'abord deux tribunaux publics dont l'origine remonte sans aucun doute à une très-haute antiquité : les décemvirs et les centumvirs.

Ce que les anciens nous apprennent sur le tribunal des *decemviri stlitibus iudicandis* se réduit à peu de chose. Nous lisons que ces décemvirs faisaient partie des magistrats mineurs que l'on désignait sous la dénomination commune des *XXVI* ou *XX viri* et qui étaient élus dans les comices des tribus [21]. Pomponius dit qu'ils furent créés après l'établissement du *prætor peregrinus* pour présider les chambres du tribunal centumviral [22]. Cela est évidemment inexact; car, la loi *Valeria Horatia* de 306 parle déjà de décemvirs qui ne peuvent être que nos *decemviri litibus iudicandis* [23]. En dehors de ces renseignements, nous ne connaissons rien de précis sur

[17] *Voy.* ci-dessus, p. 59, notes 36. 37, et ci-après, t. II, §§ 269. 272.

[18] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 270. 271.

[19] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 279, 286.

[20] *Voy.* ci-après, § 53, n° IV.

[21] Dion Cassius, LIV, 26. Cf. Cic., *de legibus*, III, 3 « Minores magistratus... stlites contractas iudicanto. » — Aussi, dans les inscriptions, la dignité de *decemvir* figure-t-elle dans l'énumération des magistratures. Orelli, *inscr.*, 554. 6450. « P. Paquius..... quæstor, decemvir stlitibus iudicandis,.... IV vir capitalis, ... post quæsturam et X viratum stl. iud. tribunus plebis, ædilis curulis, iudex quæstionis, prætor ærarii.... fetialis... » Cf. n° 3109, ci-dessus, p. 176, note 24.

[22] Pomponius, Fr. 2, § 29, D., *de origine iuris* 1, 2.

[23] Tite-Live, III, 55. « Lege... sanciendo : *ut, qui tribunis plebis, ædilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset rel.* » Faut-il lire *iudicibus decemviris*, c'est-à-dire *aux juges décemvirs*, ou bien, comme nous l'avons fait, *iudicibus, decemviris*, et entendre les *iudices* des centumvirs?

l'organisation et sur les attributions du tribunal. Cicéron nous parle de jugements rendus par les décemvirs à propos de questions de liberté et de cité [24]. Il est possible que les décemvirs aient été d'abord et pendant longtemps le tribunal régulier pour les questions d'État de haute importance, mais ils finirent par être absorbés dans le tribunal des centumvirs où ils entrèrent pour en présider les diverses sections ou chambres [25].

Les renseignements que nous possédons sur le tribunal des *centumvirs*, tout en étant plus nombreux et plus étendus, sont encore bien loin d'être complets. L'institution est probablement aussi ancienne que Rome [26]; mais l'organisation que le tribunal présente sous la république date évidemment d'une époque relativement plus récente. On a supposé que cette organisation doit être attribuée à Servius Tullius [27], et cette supposition n'a rien d'improbable, bien qu'aucun témoignage positif ne puisse être invoqué à cet égard. Dans cette hypothèse, on pourrait expliquer le nom du tribunal en admettant que chacune des trente tribus était représentée par trois membres [28], lesquels, avec les décemvirs, auraient formé exactement le nombre cent [29]. Les auteurs de l'antiquité disent que ce nombre cent ne doit pas être pris à la lettre, *ad amussim*, et ils en trouvent l'expli-

[24] Cic., *pro Cæcina*, 29. 33; *pro domo*, 29.

[25] Suétone, *Octave*, 36. — Pline, *epist.*, V, 21. — Pomponius, Fr. 2, § 29, D., *de origine iuris* I, 2. — Dion Cassius, LIV, 26.

[26] Aux considérations que nous avons fait valoir ci-dessus, note 2 et nos 19. 20, notes 44. 46, nous pouvons ajouter ici la présence de la *hasta*, le vieux symbole de la propriété romaine. Ci-après, note 33.

[27] Les centumvirs seraient dès lors les juges dont parle Denys d'Hal., IV, 25. Cf. ci-dessus, p. 60, note 43.

[28] En combinant le rapport qui paraît exister entre les tribus et les centumvirs avec l'hypothèse qui attribue la création du tribunal à Servius Tullius, le bienfaiteur de la plèbe, on a voulu considérer l'institution comme d'origine plébéienne. Bien que cette manière de voir trouve encore un appui dans le passage de Tite-Live, transcrit à la note 25, elle rencontre une objection très-sérieuse, fondée sur ce que l'histoire ne mentionne aucun tribunal patricien. Peut-être serait-il permis de répliquer que rien ne s'oppose à ce que les patriciens, n'ayant guère de propriétés (ci-dessus, p. 71, note 12), aient eu pour les rares contestations privées qui pouvaient s'élever entre eux, des institutions judiciaires particulières (probablement arbitrales, peut-être des *recuperatores*, ci-après, notes 46 sqq.) jusqu'à ce que la division en tribus eût absorbé l'universalité des citoyens. Cf. ci-dessus, nos 44 et 45.

[29] A l'appui de cette hypothèse, on fait valoir la considération que le nombre dix se rencontre fréquemment chez les Romains, surtout quand il s'agit de chefs de corporations légalement constituées, par exemple dans les curies des municipes et dans les décuries des licteurs (cf. ci-après, n° 220, et ci-dessus, p. 126, note 39). L'on pourrait objecter que le nombre dix ne correspond point au nombre des tribus; mais cette objection n'a pas de valeur si nous admettons que, pour l'élection des centumvirs, chaque tribu nommait séparément trois représentants, comme dans la loi *Plautia* (ci-dessus, p. 179, note 47), tandis que les dix chefs étaient nommés à la fois par l'assemblée des tribus (ci-dessus, note 21). — Dans ce que nous venons de dire, nous supposons que les deux catégories de juges sont le produit de l'élection populaire. Cela paraît certain pour les *x viri* et très-probable pour les *c viri* à une certaine époque; mais il est très-possible que, dans l'origine, les uns et les autres aient été nommés par le roi et ensuite par les consuls ou préteurs.

cation, conformément aux faits de leur époque, en attribuant trois représentants à chacune des trente-cinq tribus, ce qui donne cent cinq juges [30]. Quoi qu'il en soit, sous l'empire, le nombre en est porté à quatre-vingts [31]. — Le tribunal était présidé par le préteur [32], et divisé en chambres, *consilia*, qui prenaient aussi le nom de *hastæ,* du javelot fixé devant la porte de leurs salles d'audience [33]. Chacun de ces *consilia*, qui sous l'empire étaient au nombre de quatre, siégeait séparément, mais il paraît que, dans les affaires d'une importance majeure, les centumvirs jugeaient souvent toutes chambres réunies [34]. — Nous ne savons rien de précis sur la compétence du tribunal. Il est probable cependant qu'il ne jugeait que des affaires du *jus civile*. Le javelot, qui est le symbole de la propriété, semble indiquer que c'étaient particulièrement les questions relatives au *dominium ex jure Quiritium* qui étaient portées devant les centumvirs. Aussi Cicéron énumère-t-il parmi les causes centumvirales les procès qui se rapportent au droit de propriété et aux autres droits réels, tout en y ajoutant les questions d'État concernant les rapports de famille et les contestations sur la validité des testaments [35]. Les centumvirs formaient donc le jury national pour toutes les grandes questions de la vie civile, les litiges concernant la propriété, les hérédités, l'état des personnes. Cependant depuis qu'il fut loisible aux citoyens de soumettre leurs contestations à des juges privés [36], le tribunal centum-

[30] VARRON, *de re rustica,* II, 1. « Numerus non est ad amussim, cum dicimus centumvirale esse iudicium Romæ. » — FESTUS, v. « *Centumviralia iudicia* a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romæ XXXV tribus (quæ et curiæ dictæ sunt), terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt : et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo faciliter nominarentur, centumviri sunt dicti. »

[31] PLINE, *epist.*, VI, 33. « Sedebant iudices centum et octoginta : tot enim quatuor consiliis colliguntur. »

[32] PLINE, *epist.*, V, 21. Des inscriptions parlent d'un *prætor hastarius.* ORELLI, *inscr.* 2379. 6453. — Nous trouvons aussi les ex-questeurs, et depuis Auguste, les *decemviri litibus iudicandis,* mentionnés comme présidents (probablement des *consilia,* présidents de chambre). SUÉTONE, *Octave*, 36. — DION CASSIUS, LIV, 26, et ci-dessus, note 22 et 25.

[33] VALÈRE-MAXIME, VII, 7, 1. — QUINTILIEN, *Instit. orat.*, V, 2, 1. XI, 2, 78. XII, 5, 6. — PLINE, *Epist.*, II, 14. — GAIUS, IV, 16. « Festuca utebantur, quasi hastæ loco, signo quodam iusti dominii : maxime enim *sua esse* credebant, quæ ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta præponitur. »

[34] PLINE, *Epist.*, I, 18. II, 14, 10. IV, 24. VI, 33, 3. — QUINTILIEN, *Inst. orat.*, XII, 5, 6.

[35] CIC., *de oratore,* I, 38. « ... In causis centumviralibus, in quibus usucapionem, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit. » — *Voy.* encore LE MÊME, *ibidem,* 39. 57 ; *in Rullum,* I, 17 ; *Brutus,* 53 ; *pro Cæcina,* 18. 24. — QUINTILIEN, *Inst. orat.*, III, 10, 3. IV. 2, 5. — PLINE, *epist.*, V, 1. — GAIUS, IV, 31. — PAUL, V, 16, 2. — Fr. 30, D., *de liberatione legata* 40, 7, et ci-après, t. III, § 390, notes 9 et suivantes ; § 408, notes 2 sq.

[36] Cela résulte de CIC., *in Verrem,* II, 1, 45. « Lege ageret in hereditatem aut.... sponsionem faceret. » Cf. GAIUS, IV, 31, et ci-après, § 45, n° I ; §117, note 25. — En opposant les cen-

viral paraît avoir perdu de son importance [37]. L'on comprend d'ailleurs que l'empire ait supporté impatiemment ce débris des antiques institutions républicaines [38]. Nous ignorons jusqu'à quelle époque il a subsisté : sous Alexandre Sévère, le jurisconsulte Paul écrivit encore un traité sur les centumvirs [39]; du temps de Justinien il était oublié [40].

100. Les autres juges qui, en dehors des deux tribunaux dont nous venons de parler, peuvent être appelés à procéder au *judicium,* n'ont aucun caractère public : ce sont de simples particuliers qui, avec le consentement des parties [41], sont chargés par le magistrat de juger le cas spécial pour lequel ils sont nommés et dont le pouvoir cesse après le jugement prononcé [42]. Ordinairement cette mission est confiée à un seul citoyen, appelé *iudex* ou *arbiter.* Il arrive cependant aussi fréquemment qu'il y ait plusieurs juges, et dans ces cas, on les appelle de préférence *arbitri* ou bien *recuperatores* [43]. Les termes *iudex* et *arbiter* n'ont pas besoin d'explication; le mot *reciperatio* est employé, d'après un contemporain de Cicéron, quand, en vertu d'une convention internationale, des récupérateurs sont appelés à statuer sur des réclamations qui se produisent entre des personnes appartenant à des nationalités différentes [44].

tumvirs aux juges privés, nous nous conformons au langage romain. Cic., *de oratore,* I, 38. — Quintilien, *Inst. orat.,* V, 10, 115. — Pline, *epist.,* VI, 33.

37 Pline le Jeune, tout en parlant de la *magnitudo iudicii* (*epist.*, VI, 33) et en se montrant très-sensible à l'approbation que les juges avaient souvent donnée à ses plaidoiries (*ibid.*, IX, 23) dit, dans un autre endroit, que les causes qui se plaident devant les centumvirs sont *parvæ et exiles,* et servent surtout à exercer les avocats novices, « *pueros* a centumviralibus *causis auspicari, ut ab Homero in scholis.* » *Epist.*, II, 14. Voir aussi (Tacite), *de causis corruptæ eloquentiæ,* 38.

38 Suétone, *Domitien,* 8. « Plerumque et in foro, pro tribunali, extra ordinem, ambitiosas centumvirorum sententias rescidit (Domitianus). » Cf. Aulu-Gelle, XVI, 10, 8.

39 Fr. 7. 28. 31. D., *de inofficioso testamento* 5, 2. Dans les inscriptions de ces trois fragments, on lit, à la vérité : *libro singulari de septemviralibus iudiciis;* mais il est incontestable qu'il faut changer *septemviralibus* en *centumviralibus.* — Saint Jérôme, *epist ad Domnam,* 50, parle encore de *causæ centumvirales,* mais on n'en peut conclure que de son temps le tribunal ait encore existé; car pour lui ce terme est synonyme de *causæ hereditariæ.*

40 Cet empereur rappelle dans L. 11, C., *de petitione hereditatis* 3, 31, la *magnitudo et auctoritas centumviralis iudicii.*

41 Les *iudices* et *arbitri* sont régulièrement choisis par les parties; quant aux *recuperatores,* il paraît que le magistrat les proposait aux parties qui avaient alors la faculté de récuser. *Voy.* ci après, § 47.

42 Pour les détails, *voy.* ci-après, § 42.

43 L'on prenait un seul *arbiter* ou plusieurs *arbitri.* Déjà la loi des Douze Tables, dans certains cas, prescrit trois arbitres (Cicéron, *de legibus,* I, 21 et ci-dessus, note 5). Les récupérateurs sont toujours plusieurs; nous en trouvons trois, cinq et plus. Lex (Thoria) agraria, c. 17, l. 37. — Cic., *in Verrem,* II, 3. 12. 58. — Tite-Live, XXVI, 28. Cf. XLI, 24. XLIII, 2. — Cf. Gaius, IV, 109. 141.

44 Festus, v. « *Reciperatio* est, ut ait Ælius Gallus, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit : quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.

La première convention de ce genre dont nous ayons connaissance est le célèbre traité que Sp. Cassius Viscellinus conclut en 267 avec la confédération latine et dans lequel il était dit que les contestations sur des contrats intervenus entre Romains et Latins seraient jugées dans le lieu où le contrat avait été conclu [45]. En tenant compte de ces faits et d'un passage intéressant de Tite-Live [46], on est amené à trouver probable que c'était un vieil usage des peuples d'origine latine de nommer des récupérateurs pour faire décider des contestations qui sont en dehors du domaine de la juridiction civile de l'État [47] ou même du droit en général [46]. C'est probablement le *prætor peregrinus* [48] qui introduisit d'abord les récupérateurs dans l'organisation judiciaire de Rome; mais l'institution ne tarda pas à être consacrée par la législation [49] et elle figure dès le septième siècle à côté des *iudices* proprement dits et des *arbitri*. Nos sources ne contiennent aucune règle précise sur la compétence relative de ces trois catégories de juges; mais en remontant aux origines et en tirant profit des renseignements épars que nous trouvons, nous pouvons admettre comme probable que le renvoi à un seul *iudex* est la règle dans les questions rigoureuses du *ius civile* [50], que les *arbitri* sont plutôt appelés dans les contestations qui ont pour objet les rapports obligatoires du *ius civile* dans lesquels une certaine latitude d'appréciation doit être laissée au juge et que l'on désigna plus tard par le nom de *bonæ fidei actiones* [51]; enfin que les procès soumis aux *recuperatores* ont pour objet des contestations exclusivement de fait, qu'on appela plus tard *in factum actiones* [52], et dans lesquelles les juges n'ont d'autre mission que de con-

[45] Denys d'Hal., VI, 95. « Τῶν τ' ἰδιωτικῶν συμβολαίων αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέσθωσαν δέκα, παρ' οἷς ἂν γένηται τὸ συμβόλαιον. » D'autres traités postérieurs chez Tite-Live, XXXIV, 57. XXXVIII, 38, et dans le Plebiscitum de Termessibus, c. 4.

[46] Tite-Live, XXVI, 48. Trois récupérateurs sont nommés à l'effet de décider lequel de deux soldats (l'un *centurio legionis quartæ*, l'autre *socius navalis*) mérite la couronne murale décernée par Scipion à celui qui le premier avait monté sur les murs de Carthagène. L'obtention de la couronne dépendait de la décision des arbitres, laquelle ne portait que sur la question de fait : *uter prior in oppidum transcendisset*.

[47] A cet ordre d'idées appartient la nomination des récupérateurs, ordonnée par le sénat à l'effet de statuer sur les exactions commises au préjudice des alliés et des provinciaux. Tite-Live, XLIII, 2, et ci-dessus, p. 168, note 65.

[48] Et après lui les préteurs des provinces dans les contestations entre citoyens et provinciaux. Cic., *divin. in Cæcilium*, 17; *in Verrem*, II, 3, 11. 13. 14. 21. 68 et *passim*.

[49] Tabula Bantina, c. 2, l. 7. — Lex (Thoria) agraria, c. 17, l. 33 sqq. — Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 21 *in f.*, l. 24. — Cf. la loi coloniale des Tables d'Osuna, c. 128 sqq. — Dans les premiers temps de l'empire nous trouvons la loi *Mamilia*, c. 5 (55) et l'Edictum Venafranum *in f.*, l. 65. Cf. *Lex collegii aquæ* chez Bruns, *fontes iuris*, p. 168; Giraud, *Enchiridion*, p. 665.

[50] Cic., *pro Roscio comœdo*, 4. « Aliud est iudicium, aliud arbitrium.... (iudicium) directum, asperum, simplex. » Cf. ci-après, § 51, II.

[51] Cic., *pro Roscio com.*, 4. « Quid est in arbitrio? mite, moderatum. » — Le même, *de officiis*, III, 15. 17; *de natura Deorum*, III, 30. Cf. ci-après, § 51, II et t. II, § 195.

[52] Cf. Gaius, IV, 46, et ci-dessus, note. 46. *Voy.* aussi la note suivante. Quelques auteurs

stater un fait précis qui implique *ipso facto* une peine pécuniaire dont le montant est déterminé soit par une loi ou une convention avenue entre parties [53], soit au moyen d'une estimation à faire par les juges [54]. Il est aussi probable que les jugements des récupérateurs, affranchis des délais et des formalités du *ius civile,* étaient rendus d'une manière plus expéditive [55].—Ces distinctions, tout en étant conformes à l'origine et à la nature des institutions, finirent par s'effacer avec le temps, bien que l'on conservât les anciennes dénominations [56]. Il paraît, au reste, que, du moins au temps de Cicéron, les parties avaient la faculté de choisir des récupérateurs ou d'autres juges [57].

modernes pensent que l'on procédait devant les récupérateurs *per condictionem.* Cela est absolument invraisemblable et paraît d'ailleurs directement contredit par ce que dans la *condictio* il y avait un délai de trente jours jusqu'à la comparution devant le juge. Cf. ci-après, note 55. L'erreur provient du mot CONDICTUS qui se trouve dans la locution STATUS CONDICTUS DIES CUM HOSTE (AULU-GELLE, XVI, 4, 4. – FESTUS, v. *Status dies.* – MACROBE, *Saturn.*, I, 16), et qu'on met sans aucune raison en rapport avec la *legis actio per condictionem. Condictus dies* est simplement un jour convenu entre les parties. *Voy.* ci-après, § 45, n° 3.

[53] Dans ces cas les récupérateurs agissent comme le *iudex* proprement dit, statuant par OUI ou NON exclusivement sur l'existence du fait. TABULA BANTINA, c. 2, l. 7. – *Lex Mamilia,* c. 5 (55). – GAIUS, IV, 46, où les récupérateurs doivent appliquer la disposition pénale qui punit de 10,000 sesterces l'affranchi qui fait assigner son patron, *in ius vocare.* – GAIUS, IV, 141, où les récupérateurs, pour condamner au payement de la *sponsio* convenue entre parties, n'ont à examiner que la question *an aliquid contra prætoris edictum factum sit.* Cf. *ibidem,* 166. – Même mission des récupérateurs en ce qui concerne un *vadimonium* convenu entre les parties. GAIUS, IV, 185.

[54] Dans ces cas, le jugement des récupérateurs est plus ou moins semblable à un *arbitrium.* Aussi la LEX (THORIA) AGRARIA, c. 17. l. 38, dit-elle : « Si maior pars eorum recuperatorum... *maxime verum* esse comperrit. » D'autres cas appartenant à cet ordre d'idées sont l'interdit *de vi* et l'*actio vi bonorum raptorum* (CIC., *pro Cæcina,* 3; *pro Tullio*); l'action donnée par suite du refus de contracter une *sponsio* prescrite par l'édit (LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 21 *in f.*); l'action prétorienne ou *æstimatoria de iniuriis* (AULU-GELLE, XVI, 4, 4).

[55] Il est d'abord certain que les délais de comparution étaient plus courts que dans les autres procès : dix jours, d'après le traité avec les Latins (ci-dessus, note 45) et d'après la LOI (THORIA) AGRARIA, c. 17, l. 37. Des délais plus courts encore semblent indiqués par CIC., *divinatio in Cæcilium,* 17. « iudicium dat statim, si pareret, eam se et sua Veneris esse dixisse. Iudicant recuperatores »; *pro Tullio,* 2. 10. 11. « Recuperatores dare *ut quam primum* res iudicaretur. »— PLINE, *Epist.*, III, 20. « Nam ut in recuperatoriis iudiciis, sic nos in his comitiis *quasi repente apprehensi,* sinceri iudices fuimus. » – GAIUS, IV, 185 : « Ut qui non steterit, *protinus* a recuperatoribus... condemnetur. »— La disposition particulière, qui est mentionnée plusieurs fois à propos de *iudicia recuperatoria* et d'après laquelle les parties ne peuvent faire entendre qu'un nombre limité de témoins, fait d'ailleurs supposer que la procédure devant les récupérateurs mêmes était également plus expéditive. Ce nombre de témoins est fixé à dix par la *loi Mamilia,* c. 5 (55), l'*édit de Venafrum,* lin. 65, et VALERIUS PROBUS, *notæ :* Q. E. R. E. T. P. I. R. D. T. Q. P. D. T. D. D. P. F. « Quanti ea res erit, tantæ pecuniæ iudicium recuperatorium dabo, *testibusque publice dumtaxat decem denunciandi* potestatem faciam. »

[56] Sous l'empire, des récupérateurs jugent des questions d'État et des contestations fiscales (SUÉTONE, *Néron,* 17. – PLINE, *Panégyr.*, 36), et déjà CICÉRON, *pro Murena,* 12, reproche aux jurisconsultes de ne pas savoir quand il faut dire *iudex* ou *arbiter,* ce qui ne l'empêche pas de distinguer très-rigoureusement ces deux catégories de juges dans son discours *pro Roscio comœdo. Voy.* ci-dessus, notes 50. 51.

[57] CIC., *in Verrem,* II, 3, 58 *in f.* « Facta est sponsio H. S. quinque millium. Cœpit Scandilius recuperatores aut iudicem postulare ». Cf. *ibidem,* II, 5, 54.

101. L'on dit habituellement que les fonctions de juge, au moins jusqu'à une époque très-récente, ne pouvaient être remplies que par des membres du sénat. Cette assertion manque de preuves et même de vraisemblance. L'argument que l'on tire de la composition des premières *quæstiones perpetuæ* n'est point concluant [58], et le témoignage de Polybe [59], qu'on invoque, est plutôt contraire, puisque cet auteur se borne à dire que dans la plupart des causes publiques et privées les juges sont pris dans l'ordre sénatorial [60]. Il est d'ailleurs peu vraisemblable que le peuple ait été limité dans le choix des décemvirs et des centumvirs, alors que nous ne trouvons aucune limitation de ce genre pour l'élection des magistrats les plus élevés, et tout nous fait supposer que les *arbitri* et les récupérateurs pouvaient être pris dans toutes les classes de la société [61]. Quant aux *iudices* proprement dits, il est probable qu'ils étaient choisis dans une liste dressée par le préteur, *album iudicum* [62]; ce qui est certain, c'est que l'organisation d'Auguste, d'après laquelle il y avait quatre décuries de juges, s'appliquait aussi bien aux jugements civils qu'aux *iudicia publica* [63]. Mais pour le choix des *arbitri* et des *recuperatores*, le magistrat et les parties paraissent avoir eu toute latitude [64]. Tout juge, avant d'entrer en fonctions, prêtait serment [64].

Le magistrat chargé de l'administration de la justice avait ses jours d'audience où il siégait en plein air, *in comitio*, dans le *forum* [65], sur une

58 *Voy.* ci-dessus, p. 168, note 67, et p. 178, note 140. Nous avons d'ailleurs connaissance de deux procès civils, dans lesquels, à une époque où les jugements criminels avaient été restitués aux sénateurs par Sulla, il y a des juges appartenant à l'ordre équestre : C. Aquilius Gallus dans le procès de Quinctius (672), et C. Cluvius dans un procès de Roscius (673). Cic., *pro Quinctio, pro Roscio comœdo*, 14.

59 Polybe, VI, 17, 7. « Τὸ δὲ μέγιστον, ἐκ ταύτης (i. e. ἐκ συγκλήτου) ἀποδίδονται κριταὶ τῶν πλείστων καὶ τῶν δημοσίων καὶ τῶν ἰδιωτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων. »

60 La plupart. Ce fait n'a rien d'étonnant. Ne voyons-nous pas, sous l'empire de la loi *Plautia*, le peuple élire pour les *quæstiones perpetuæ* de préférence des membres des deux premiers ordres ? *Voy.* ci-dessus, p. 179, note 47.

61 Cf. ci-après, § 51, note 7.

62 Nous n'en avons des témoignages plus ou moins certains que sous l'empire. Sénèque, *de beneficiis*, III, 7. — Pline, *H. N.*, *préface*, 7. — Suétone, *Claude*, 16 ; *Domitien*, 8. — Aulu-Gelle, XIV, 2, 1.

63 Pline *H. N.*, XXXIII, 7, 2. — Suétone, *Octave*, 29. 32 ; *Caligula*, 16 ; *Galba*, 14. — Orelli, *inscr.*, 3877. — *Vatic. fragmenta*, 197. 198. Cf. ci-dessus, p. 180, note 51.

64 Cic., *pro Cluentio*, 43 ; *de officiis*, III, 10. — L. 14, pr. C., *de iudiciis*, 3, 1. — Cf. Quintilien, *Institutiones oratoriæ*, V, 6, 4, et Lex collegii aquæ, lin. 18 sq. 21 (Bruns, *fontes*, p. 169 ; Giraud, *Enchiridion*, p. 665).

65 Varron, *de l. l.*, V, 155. « Comitium ab eo quod coibant eo comitiis curiatis et litium causa. » Cic., *ad Herennium*, II, 13 *in f.* — Aulu-Gelle, XX, 1, 47. — Cf. Plaute, *Pœnulus*, III, 6, 12. — César et Auguste firent construire deux nouveaux *fora* (Suétone, *César*, 26 ; *Octave*, 29. — Sénèque, *de ira*, II, 9) ; plus tard on siégeait dans des édifices publics (Quintilien, *Inst. orat.*, XII, 5, 6 « cum in basilica Iulia diceret primo tribunali »). — Cf. Paul, fr. 11, D., *de iustitia et iure* 1, 1. « Ubicumque prætor, salva maiestate imperii sui, salvoque more maiorum, ius dicere constituit,

estrade élevée, *tribunal* [66], assis dans sa chaise curule et entouré de son conseil et de ses scribes [67]. Les jours d'audience étaient disposés dans un ordre déterminé, qui subit, dans le cours des siècles, des variations considérables dont nous aurons à parler dans un autre endroit [68]. Au commencement de l'empire, l'année judiciaire, *actus rerum* [69], était divisée en deux sessions séparées par deux vacances, l'une de printemps, l'autre d'automne [70]. Les causes portées devant le magistrat étaient inscrites dans l'ordre chronologique et distribuées ensuite aux juges conformément à la nature du litige [71]. Au jour fixé ou convenu, les parties comparaissaient devant le juge ou les juges qui siégeaient également sur l'estrade appelée *tribunal,* mais sur des siéges ordinaires, *subsellia* [72]. Nous les voyons (au moins les *iudices* proprement dits), comme les magistrats, assistés d'un *consilium* [73]. — Telle est, à grands traits, la marche suivie dans les procès civils. Diverses causes peuvent cependant engager le magistrat à s'en écarter. Il nous est impossible d'indiquer ces causes d'une manière complète et précise; nous en signalerons les plus importantes quand nous traiterons des matières dans lesquelles elles peuvent se produire.

is locus recte ius appelatur. » et TITE-LIVE, XXIII, 32. « Prætores, quorum iurisdictio erat, tribunalia ad Piscinam publicam posuerunt. Eo vadimonia fieri iusserunt ibique eo anno ius dictum est ».

66 IN TRIBUNALI OU PRO TRIBUNALI. Cette dernière locution s'emploie, non-seulement des plaideurs et du public qui se trouvent devant l'estrade, mais aussi du magistrat et des personnes qui l'entourent. CIC., *de oratore*, I, 37; *ad familiares*, III, 8. — TITE-LIVE, XXXIX, 32. — PLINE, *epist.*, I, 10. Cf. Fr. 2, D., *de re iudicata* 42, 1. — Des décisions préparatoires ou de moindre importance pouvaient être prises par le préteur en dehors du *tribunal*, *de plano*. SÉNÈQUE, *de clementia*, I, 5. — SUÉTONE, *Tibère*, 33. Cf. Fr. 3, § 8, D., *de bonorum possessionibus* 37, 1, et ci-après, t. III, § 371, notes 10 et 14.

67 Ainsi que des juges centumvirs qui siégeaient avec le préteur. Ci-dessus, note 32. CIC., *Brutus*, 84 et *passim*.

68 *Voy.* ci-après, n° 134.

69 PLINE, *epist.*, IX, 25. Cf. IV, 29. « Cum proxime res agentur. » — SUÉTONE, *Octave*, 32; *Claude*, 23. Cf. *Galba*, 14. — GAIUS, II, 279. « Item de fideicommissis semper in urbe ius dicitur : de legatis vero, *cum res aguntur*. »

70 PLINE, *epist.*, IV, 29. VIII, 21. — SUÉTONE, *Claude*, 23; *Galba*, 14. — AULU-GELLE, IX, 15, 1.

71 SERVIUS *ad Æn.*, II, 102. « Et est de antiqua tractum scientia : quia in ordinem dicebantur (?) causæ propter multitudinem vel tumultum festinantium, cum erat annus litium (c'est-à-dire, le commencement de l'année). » VI, 431. « Non enim audiebantur causæ, nisi per sortem ordinatæ : tempore enim quo causæ agebantur, conveniebant omnes (unde et CONCILIUM ait Vergilius) et ex sorte dierum ordinem accipiebant, * quo post dies triginta suas causas exsequerentur*; unde est : *urnam movet.* » La phrase marquée d'astérisques contient sans doute un malentendu.

72 CIC., *de oratore*, I, 8. II, 33; *Brutus*, 84; *pro Cluentio*, 34; *ad familiares*, III, 9. — PLINE, *epist.*, VI, 33. — AULU-GELLE, XIV, 2, 11.

73 CIC., *pro Roscio Amer.*, 1. 8; *in Verrem*, II, 1, 29; *pro Quinctio*, 1. 2. 6. 10 et *passim; de finibus*, II, 19.—VALÈRE-MAXIME, VIII, 2, 2.— PLINE, *epist.*, I, 20. VI, 1.—SUÉTONE, *Domitien*, 8.— AULU-GELLE, XII, 13, 2. XIV, 2, 9.

ORGANISATION DES VILLES.

102. Comme nous l'avons vu ci-dessus, aux nos 68 et 69, Rome laissait ordinairement, dans les premiers temps, aux villes conquises la libre administration de leurs affaires intérieures. Ce système fut abandonné lorsque les conquêtes de la république se furent étendues au delà de l'Italie; car, à l'exception des colonies et des municipes, les villes des provinces étaient soumises à l'arbitraire du gouverneur, à moins qu'elles n'eussent été reçues au nombre des villes fédérées ou qu'on ne leur eût accordé la qualité de ville libre, *libera civitas* [1]. Dans ces derniers cas, les immunités et priviléges dont les villes devaient jouir étaient déterminés dans le traité d'alliance ou dans le décret qui octroyait la faveur. Nous possédons une table d'airain sur laquelle se trouve gravé le plébiscite qui accorda, en 682, les droits de cité libre à la ville de Termessus en Pisidie [2].

103. Parmi les villes qui jouissent d'une libre organisation intérieure, on distingue surtout trois catégories : les colonies, les municipes et les préfectures [3].

Les premières colonies fondées par Rome eurent pour but d'assurer la soumission des peuples dans le territoire desquels on envoyait les citoyens-colons [4]. Comme l'établissement d'une colonie impliquait toujours une distribution de terres parmi les colons, l'on eut, plus tard, fréquemment recours à cette mesure pour soulager la misère de la plèbe [5]; et à partir de Sulla, un grand nombre de colonies furent fondées en faveur des vétérans [6]. L'établissement d'une colonie se fai-

[1] POLYBE, XVIII, 27. — CIC., *in Verrem*, II, 3, 6. « (In Sicilia) fœderatæ civitates duæ sunt..... quinque præterea sine fœdere immunes civitates et liberæ. » — LE MÊME, *ibidem*, II, 4, 21. 22. 33. 40. 50. 54. 56. 61. 62. 65. 66; *ad familiares*, III, 8. XV, 4; *ad Atticum*, VI, 1, 15. — HIRTIUS, *de bello africano*, 87. — TACITE, *Annales*, XV, 45. — SUÉTONE, *Octave*, 44; *Caligula*, 3. — STRABON, XVII, p. 839 Casaub. — *Voy.* aussi ci-après, no 110 *in fine*.

[2] *Voy.* ci-dessus, p. 7, no 5. Nous lisons dans le chapitre premier du PLEBISCITUM DE TERMESSIBUS, lin. 7 sqq. « .... Termesses maiores Pisidiæ liberi amici sociique populi romani sunto, iique legibus suis ita utunto itaque iis omnibus suis legibus Termessibus maioribus Pisidis uti licitos quod adversus hanc legem non fiat. »

[3] *Gromatici veteres*, p. 135 (1 sq. Goës). 163, 20. 26 (24, Goës). « Inter civitates, id est, inter municipia et colonias et præfecturas. » Cf. TABULA HERACLEENSIS, c. 23. lin. 89; c. 24. lin. 98; c. 28. lin. 42; c. 29, lin. 157. — CIC., *pro Sestio*, 14; *in Pisonem*, 22; *Philipp.*, IV, 3.

[4] CIC., *in Rullum*, II, 27. « propugnacula imperii. » — TITE-LIVE, I, 56. « Colonis mittendis occupari latius imperii fines. » — DENYS D'HAL., II, 16. — APPIEN, *de bellis civ.*, I, 7. II, 40. — SICULUS FLACCUS, p. 135, 20 sqq. (2, Goës) : « Romani... miserunt colonos, vel ad ipsos priores municipiorum populos coercendos, vel ad hostium incursus repellendos. »

[5] TITE-LIVE, III, 1. IV, 47. V, 24. — DENYS D'HAL., VI, 43 sqq. VII, 13. 28. — SERVIUS *ad Verg. Æn.*, I, 12 et *passim*. *Voy.* ci-dessus, nos 82-86.

[6] CIC., *passim* « Coloniæ veteranorum. » — VELLEIUS PATERCULUS, II, 14, « Coloniæ milita-

sait en vertu d'une loi qui en réglait également l'organisation [7]; mais les commissaires chargés de cette organisation (*III, V, X viri coloniæ deducendæ* [8]) avaient le pouvoir de suppléer à l'insuffisance des dispositions légales par des règlements qu'ils donnaient à la colonie. A mesure que les relations sociales devinrent plus variées et plus compliquées, ces règlements durent naturellement acquérir plus d'importance [9]; à tel point qu'on finit par leur donner abusivement la qualification de *leges* [10]. Pour distinguer ces règlements des lois proprement dites, on a aujourd'hui l'habitude de les appeler *leges datæ* [11], dénomina-

res. » — L'origine des colonies militaires remonte à Sulla. *Voy.* ci-dessus, n° 86. Après lui, Jules César, Antoine, Octave et les empereurs qui lui succédèrent jusqu'à Dioclétien, établirent un grand nombre de colonies militaires. D'après Velleius Paterculus, I, 15, Eporedia, fondée en 654, aurait été la dernière colonie civile de citoyens romains.

[7] Cic., *Philipp.*, III, 15. – Tite-Live, XXXII, 29. XXXIV, 53. XXXV, 40. – Servius *ad Verg. Æn.*, I, 12. « Colonia... pars civium aut sociorum missa, ubi rempublicam habeant, ex consensu suæ civitatis, aut publico eius populi unde profecta est consilio. » — Comme la fondation d'une colonie impliquait toujours une distribution de terres à faire aux colons, les lois coloniales appartiennent régulièrement à la catégorie des lois agraires. *Voy.* ci-dessus, n° 82, notes 4. 5. 9, et Tite-Live, III, 1. IV, 47. V, 24. VI, 21. Ajoutons les *leges agrariæ Sempronia, Livia* de 632, *Appuleia, Cornelia* (*Valeria*), *Iulia Campana*, et la loi *Antonia*, en exécution de laquelle fut fondée la *colonia Iulia Genetiva*, ci-après, note 37.

[8] *Voy.* ci-dessus, page 121, note 31.

[9] Surtout à partir de l'époque, qui commence avec Sulla, où l'on se laissa aller à déléguer aux puissants du jour l'exercice du pouvoir législatif (ci-après, n° 183, note 1). Dès lors, en effet, le décret qui créait une colonie devait réunir l'ancienne *lex coloniæ* et le règlement des commissaires.

[10] De ces règlements coloniaux, qu'on appelle aujourd'hui souvent *leges colonicæ* (d'après les *Gromatici veteres*, p. 6, 26; 24, 6 (49, 43, Goës), il nous est resté peu de chose. Les Tables d'Osuna (ci-après, note 37), nous ont conservé un fragment considérable du règlement de la *colonia Iulia Genetiva* dans la Bétique. Sous l'empire, nous aurons à mentionner les règlements municipaux de Malaca et de Salpensa, ci-après, n° 166. Enfin, nous possédons deux fragments insignifiants, qui se trouvent dans le *Corpus inscript. latinarum*, t. I, n°s 1409. 1502, et chez Bruns, *fontes*, p. 91. — Il est douteux si nous devons ranger dans la même catégorie une loi dont les *Gromatici veteres*, p. 263 (339, Goës) ont copié quelques chapitres sous le nom de *lex Mamilia Roscia Peducæa Alliena Fabia*. Les jurisconsultes des siècles derniers considéraient cette loi comme identique avec la loi *Mamilia* de date incertaine, également agraire, qui est mentionnée par Cic., *de legibus*, I, 21, et par les *Gromatici*, p. 11, 5; 12, 12; 37, 24; 43, 20; 144, 19; 169, 5 (51 *in f.* 53. 79. 00. 8. 152, Goës). Cette opinion s'accorde difficilement avec les cinq noms dont la loi est affublée et qui ne s'expliquent guère que par la supposition qu'elle est, non pas une loi générale, mais un règlement colonial, rédigé par des *V viri* (Mommsen, dans les *Gromatici veteres*, II, p. 221). Rudorff, en se fondant sur ce qu'un passage de notre loi *Mamilia* est presque identique avec un passage d'une loi agraire que le Fr. 3, pr. D., *de termino moto*, 47, 21, attribué à Caius Cæsar, a cherché à prouver qu'elle n'était autre chose que cette loi agraire de Caius Caligula. Cette démonstration peu convaincante a été singulièrement affaiblie par la découverte des Tables d'Osuna dont le chapitre 104 correspond aussi presque littéralement à la loi *Mamilia*, c. 4 (54). Cf. ci-après, note 39. En somme, il nous paraît toujours probable que la loi dont il s'agit est identique avec celle de Cicéron, et que les quatre noms surabondants doivent être attribués à une étourderie de copiste.

[11] Le plus ancien exemple d'une *lex data* (mais non coloniale) se trouve chez Tite-Live, IX. 20, où le préteur L. Furius est chargé de *donner des lois* à la ville de Capoue (436). D'autres exemples seront cités dans la note suivante, et ci-après, au n° 107, où nous traiterons de l'organisation des provinces.

tion conforme au langage des lois et des auteurs de l'antiquité [12].

De tout temps on avait distingué deux grandes catégories de colonies, les colonies romaines et les colonies latines. — Dans les premières, les colons conservaient leurs droits de citoyens romains [13], restaient soumis au cens de la métropole et y votaient dans leurs tribus [14], mais ils géraient librement leur affaires intérieures. A cet effet, la colonie était organisée à l'instar de Rome, ayant ses comices, son sénat et ses magistrats en tête desquels figurent des *II viri*, correspondants aux consuls romains [15]. Pendant plus de six siècles, aucune colonie ne fut envoyée hors d'Italie [16]. Depuis Caius Gracchus, qui fonda une colonie à Carthage [17], nous en trouvons un grand nombre dans les provinces. Il est à remarquer que, dans ces colonies, le sol, à l'exception des terres nommément assignées aux colons, demeurait provincial, à moins que la cité ne reçût le privilége du *ius italicum* [18]. — Les colonies latines étaient de deux espèces : d'abord les colonies fondées par l'ancienne confédération latine [19] ; ensuite les établissements que Rome créait, en envoyant dans une contrée des Latins ou bien des citoyens qui, pour se faire enrôler, avaient échangé leur qualité de citoyen contre celle de latin [20]. Il faut y ajouter encore les villes qui reçurent dans la suite le *ius Latii* [21]. Bien que les colonies

[12] TABULA HERACLEENSIS, c. 12. lin. 159. « quei lege plebeive scito permissus est fuit, utei leges in municipio fundano municipibusve eius municipii daret. » — TABLES D'OSUNA, c. 132. « post hanc legem datam. » — TABLE DE SALPENSA, 26. « post h(anc legem) datam. » — TITE-LIVE, IX, 20, à la note précédente. XLV, 32. « (Æmilius Paulus) leges Macedoniæ dedit ». — *Gromatici*, p. 164, 15 ; 203, 15 (24. 195 Goës). — *Voy.* encore ci-après, nº 106, note 2.

[13] *Les colons romains ;* mais les habitants originaires du territoire de la colonie, à moins d'être gratifiés du droit de cité, restaient *peregrini*, de même que le sol restait provincial quand la colonie était établie hors d'Italie. TITE-LIVE, XXXIV, 9, et ci-après, note 18.

[14] CIC., *in Verrem*, I, 18, et Ps. ASCONIUS, *ad h. l.* p.150, 10 Orelli. — Cf. VELL. PATERC., II, 15. « (Gracchus) extra Italiam colonias posuit. Id maiores.... diligenter vitaverant, ut cives romanos ad censendum ex provinciis in Italiam *revocaverint*. »

[15] AULU-GELLE, XVI, 13. « Coloniarum alia necessitudo est (quam municipiorum) : non enim veniunt extrinsecus in civitatem, nec suis radicibus nituntur, sed ex civitate quasi propagatæ sunt et iura institutaque omnia populi romani, non sui arbitria habent. Quæ tamen condicio, cum sit magis obnoxia et minus libera, potior tamen et præstabilior existimatur propter amplitudinem maiestatemque *populi romani cuius istæ coloniæ quasi effigies parvæ simulacraque esse quædam videntur :* et simul quia obscura obliterataque sunt municipiorum iura, quibus uti iam per innotitiam non queunt. — LEX PARIETI FACIUNDO PUTEOLIS, lin. 1. « ... duo vir... ». — CIC., *in Rullum*, II, 34, « duumviri. » — Cf. TITE-LIVE, IX, 16. 20. XXXIV, 7.

[16] En prenant l'Italie dans ses limites d'aujourd'hui. Car déjà en 570 nous trouvons dans la Gaule cisalpine les colonies de Parme et de Modène, *Parma* et *Mutina*. POLYBE, II, 19, 12. — TITE-LIVE, *epit.* XI. XXXIX, 55. — VELLEIUS PATERCULUS, I, 14, 8.

[17] VELLEIUS PATERCULUS, I, 15. II, 15. Cf. ci-dessus, p. 153, note 28.

[18] *Voy.* ci-dessus, p. 155, note 5.

[19] FESTUS, VV. *Priscæ latinæ coloniæ. Prisci latini.* — TITE-LIVE, II, 16. — DENYS D'HAL., IX, 59.

[20] CIC., *pro Cæcina*, 33 ; *pro domo*, 30. — TITE-LIVE, VIII, 16. IX, 26. 28. X, 1. 3. 10. XXVII, 9. 10. XXIX, 15. *Voy.* aussi ci-dessus, p. 143, note 34.

[21] *Voy.* ci-dessus, p. 142, notes 21. 22.

latines fussent naturellement considérées comme inférieures aux colonies de citoyens romains, elles avaient également une organisation indépendante [22]; il est même probable que leurs comices et leurs magistrats, n'étant pas soumis au *ius civile* de Rome, avaient, à certains égards, une plus grande latitude d'action [23].

104. Nous avons vu plus haut que le nom de municipe, donné d'abord aux cités autonomes qui jouissaient du droit d'isopolitie, finit par être appliqué à toutes les villes dont les habitants étaient citoyens romains ou pouvaient le devenir en remplissant certaines conditions, privilége qui était l'un des éléments du *ius Latii* [24]. Vers la fin de la république, toutes les villes d'Italie qui n'étaient pas colonies avaient donc la qualité de *municipia;* plus tard, nous en trouvons également dans les provinces. Ce qui caractérise alors les municipes, c'est, d'une part, la qualité de citoyen ou de latin qui appartient aux habitants [25], d'autre part, l'autonomie dont ces villes jouissent dans l'administration de leurs affaires intérieures et qu'elles exercent par leurs comices, par leur sénat et par leurs magistrats, à condition toutefois de ne point contrarier les lois et les décrets du peuple et du sénat de Rome [26]. Pendant longtemps, il y eut encore de grandes variations dans l'organisation intérieure des municipes : le régime était tantôt populaire, tantôt plus ou moins aristocratique; il est probable aussi que la composition et la compétence du sénat étaient différentes dans les différentes cités. Quant aux magistrats, nous trouvons la plus grande variété : ainsi la ville de Capoue, d'origine

[22] Ce fait est surabondamment prouvé par les Tables de Malaca et de Salpensa, bien qu'elles appartiennent à l'époque suivante. Ci-après, nº 166. Aussi Tite-Live, XXIX, 15, parle, à propos de colonies latines, de *magistratus, censores, deni principes*. Cf. Cic., *pro Balbo,* 24. « Latinis, id est fœderatis. »

[23] Cf. ci-après, les notes 47. 66. 70.

[24] *Voy.* ci-dessus, nºs 68. 69. 71. 76.

[25] L'on dit habituellement que tout habitant d'un municipe est *civis romanus.* C'est aller trop loin : la proposition n'est exacte ni pour les premiers temps (ci-dessus, p. 131, note 29), ni sous l'empire, où nous trouvons un grand nombre de municipes latins, entre autres tous ceux de l'Espagne, parmi lesquels Malaca et Salpensa (ci-après, nºs 166 et 171). Mais elle est vraie pour le temps assez court qui s'écoula entre le moment où tous les habitants de l'Italie étaient devenus citoyens et celui où le *ius Latii* commença à être octroyé dans les provinces. C'est ainsi que s'expliquent les témoignages des anciens que l'on invoque ordinairement à l'appui de cette thèse, notamment Aulu-Gelle, XVI, 13, 6, « Municipes ergo sunt cives romani ex municipiis... » et le passage dans lequel Cicéron, originaire du municipe d'Arpinum, s'attribue deux patries, l'une *germana, naturæ, loci;* l'autre *civitatis* ou *iuris* (tout en appelant Rome la *patrie commune,* et en l'opposant comme *summa respublica* à la *respublica municipalis*). Cic., *de legibus,* II, 2. Encore est-il à remarquer que Cicéron parle, non pas des municipes en général, mais de sa ville natale Arpinum qui avait le droit de cité et qu'Aulu-Gelle, traitant des municipes en opposition au *coloniæ civium,* a pu fort bien ne songer qu'aux *municipia civium.* Quant à Modestin, Fr. 33, D., *ad municipalem,* 50, 1. « Roma communis nostra patria est, » et Fr. 6, § 11, D., *de excusationibus,* 27, 1, ce passage est d'une époque où tous les habitants de l'empire étaient citoyens. *Voy.* ci-après, nºs 157 et 196.

[26] Cic., *de legibus,* III, 16. Cf. Tite-Live, XXIII, 2. 7. XXXIV, 7, et ci-après, note 47.

osque, conserve jusqu'à la seconde guerre punique son antique premier magistrat sous le nom de *meddix tuticus*[27]; dans les municipes d'origine latine et sabine, nous voyons tantôt un seul magistrat suprême, de préférence *dictator*, tantôt plusieurs magistrats qui se partagent le pouvoir sous le nom de *consules*, *prætores*, *duoviri*, etc., entourés d'autres collègues de moindre dignité, pour les diverses branches de l'administration [28]. Vers la fin de notre époque, ces différences s'effacent, l'organisation municipale tend à devenir uniforme, naturellement aux dépens de l'autonomie des villes.

105. Le nom de préfectures était donné aux municipes [29], qui avaient bien la libre administration de leurs affaires intérieures, mais dans lesquelles un préfet nommé par le peuple romain ou par le préteur exerçait le pouvoir judiciaire. Déjà de très-bonne heure, il y a des *præfecti* [30] envoyés dans des villes soumises; mais les préfectures, comme institutions permanentes, ne se rencontrent point avant le sixième siècle [31]. A partir de cette époque, nous trouvons quatre *præfecti iuri dicundo*, élus pour la Campanie par les comices tributes, et un plus grand nombre nommés par le préteur urbain pour d'autres villes italiques [32]. Vers la fin de la république, plusieurs, de ces villes obtinrent la qualité de municipe proprement dit; les autres reçurent la même faveur dans les premiers temps de l'empire [33].

[27] Tite-Live, XXIII, 35. XXIV, 19. XXVI, 6. « Meddix tuticus qui summus magistratus apud Campanos est. »

[28] Tite-Live, I, 23. VI, 26, *epit.* LXXIII. – Tabula Heracleensis, c. 5. lin. 83. – Cic., *pro Milone*, 10; *in Rullum*, II, 34; *in Pisonem*, 11. – Pline, *H. N.*, VII, 43. XVII, 11. 82. – Spartianus, *Adrien*, 19.

[29] Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 19. l. 5. « II vir, IV vir, præfectusve eius municipii. »

[30] Le mot *præfectus* a des significations très-variées. Nous renvoyons, sous ce rapport, aux dictionnaires, tout en signalant ici deux emplois qui se rapportent à notre matière : 1° on appelle *præfecti* les suppléants des *II viri iuridicundo* dans les municipes, ci-après, note 62 ; 2° le même titre est donné aux commissaires que les municipes envoient dans les localités qui se trouvent sous leur dépendance et sont situées dans le territoire d'une autre ville. Ces enclaves portent, à cause de cela, également le nom de *præfecturæ*. *Voy.* ci-après, note 40 et p. 210, note 23.

[31] Nous en trouvons déjà sous les rois. Tite-Live, I, 38. – Denys d'Hal., III, 50. En 436, des préfets furent envoyés à Capoue *pro remedio ægris rebus discordia intestina.* Tite-Live, IX, 20. Cf. IX, 43 Mais ce n'est qu'en 538, que la même ville de Capoue, pour la punir de sa défection pendant la seconde guerre punique, fut réduite à l'état de préfecture, *in formam præfecturæ redacta est.* Velleius Paterculus, II, 44. – Tite-Live, XXVI, 16. 33. 34 et *passim.*

[32] Festus, v. « *Præfecturæ* appellabantur in Italia, in quibus et ius dicebatur et nundinæ agebantur, et erant quædam earum (res publicæ), neque tamen magistratus suos habebant; in quas legibus præfecti mittebantur quotannis, qui ius dicerent. Quorum genera fuerunt duo : alterum, in quas solebant ire præfecti quatuor ex XXVI virorum numero, qui populi suffragio creati erant, in hæc oppida : Capuam, Cumas, Casilinum..... (ci-dessus, n° 65, note 29); alterum in quas ibant quos prætor urbanus quotannis in quæque loca miserat legibus, ut Fundos, Formias, Cære....... aliaque complura. » – Dion Cassius, LIV, 8. 26.

[33] La dernière mention de préfectures se trouve dans la première moitié du troisième siècle de l'ère chrétienne. Paul, IV, 6, 2.

106. Ce mouvement d'assimilation s'étend, au reste, à toutes les villes dont nous avons parlé. En 709, une loi de Jules César, *lex Iulia municipalis,* dont nous avons probablement un fragment dans l'inscription connue sous le nom de Table d'Héraclée, soumit, au moins sous beaucoup de rapports, tous les municipes, colonies et préfectures de l'Italie au même régime [34]. Quelques années plus tard [35] une loi, dont quelques chapitres nous ont été également conservés par une précieuse inscription, réglementa particulièrement l'organisation judiciaire des villes de la Gaule cisalpine [36]. Enfin, une autre inscription, récemment découverte, qui nous a conservé le règlement de la *colonia Iulia Genetiva,* fondée, sur les ordres de Jules César peu de temps avant sa mort, dans la province espagnole *Bætica* [37], trahit la même tendance, tout en contenant aussi des dispositions purement locales, parmi lesquelles nous remarquons un chapitre concernant la création d'une garde urbaine, force armée organisée par la colonie [38]. Les renseignements nous font défaut pour indiquer avec précision le point auquel ce mouvement était arrivé sous la république [39]; nous pouvons cependant admettre que, dans les premiers temps de l'empire, la condition de toutes les villes était à peu près conforme au tableau que nous essayerons d'esquisser, en comprenant, conformément à l'usage romain, les diverses catégories de villes sous la dénomination commune de municipe.

Le pouvoir de l'autorité municipale n'est pas limité à la ville; il embrasse le territoire contigu (parfois même des enclaves situées dans d'autres territoires [40]) avec les localités qui s'y trouvent et qui sont sou-

[34] TABULA HERACLEENSIS. *Voy.* ci-dessus, p. 7, n° 7.

[35] Dans l'énumération des anciennes inscriptions que nous avons donnée plus haut, pages 7 et suivantes, nous avons fait figurer la LOI (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA avant la loi *Iulia municipalis;* mais il paraît préférable de la placer après 712, c'est-à-dire après l'abolition du régime provincial et après l'octroi de l'autonomie accordé à la Gaule cisalpine. Cf. APPIEN, *de bellis civ.*, V, 3. 22. — DION CASSIUS, XLVIII, 12.

[36] LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA. *Voy.* ci-dessus, page 7, n° 6.

[37] Les TABLES D'OSUNA, ci-dessus, page 7, n° 8.

[38] TABLES D'OSUNA, c. 103.

[39] Ce mouvement est tout naturel, et pour le comprendre, nous n'avons pas besoin d'imaginer une loi générale qui l'eût formellement consacrée, loi générale dont on a voulu découvrir des restes dans les quelques chapitres que les *Gromatici veteres* nous ont conservés sous le nom de *loi Mamilia Roscia etc.*, et ce surtout par la raison que des dispositions de ces chapitres se retrouvent dans d'autres lois, entre autres dans une loi agraire dont il est question au Digeste et dans les TABLES D'OSUNA, c. 104. Nous avons vu, ci-dessus, note 10, que par le même motif d'autres érudits ont cru pouvoir soutenir que la *loi Mamilia* est identique avec la loi agraire que le Digeste attribue à Caius César. Tout cela est plus ou moins ingénieux; mais il y a un moyen bien plus simple et tout naturel : c'est de supposer que les rédacteurs des règlements coloniaux et municipaux se permettaient de faire des emprunts aux règlements antérieurs, comme les préteurs empruntaient aux édits de leurs prédécesseurs. Cf. ci-après, n° 120.

[40] FRONTINUS, *Gromatici*, p. 49, 7. « Coloniæ quoque loca quæ iam habent in alienis finibus quæ loca solemus præfecturas appellare. » — SICULUS FLACCUS, *Gromatici*, p. 159 sq. (21, Goës.) « Illud præterea

mises au municipe, *attributi* et *contributi* [41]. Il n'est pas possible de donner une définition précise des noms sous lesquels figurent ces localités soumises [42]; mais il paraît probable que les quartiers situés dans la ville même, dans les faubourgs et dans la banlieue étaient appelé *vici, pagi,* que des *castella* se trouvaient dans la ville et au dehors et que les villages et bourgs épars dans le territoire portaient les noms de *fora, conciliabula, oppida* [43]. — Les habitants se divisent en trois classes : les bourgeois de la ville, *coloni* et *municipes;* les simples résidants, ayant leur domicile dans la ville, *incolæ;* enfin les habitants des localités soumises, *attributi* et *contributi* [44]. Les bourgeois seuls ont la qualité et les droits de citoyens actifs; les droits et les charges des deux autres classes varient dans les différents municipes [45]. — Les bourgeois, réunis en comices par tribus ou par curies [46], votent les lois d'ordre intérieur [47] et élisent les magistrats [48]; il est possible aussi, mais peu probable (au moins pour les derniers temps) qu'ils aient exercé une certaine juridiction criminelle [49]. — Comme la métropole, les municipes ont également

comperimus..... sumtos agros ex vicinis territoriis divisisse et assignasse.... Quæ singulæ præfecturæ appellantur ideo quoniam..... vel ex eo quod in diversis regionibus magistratus coloniarum iurisdictionem mittere soliti sunt... ». Cf. ci-dessus, note 30 et ci-après note 72.

[41] FORCELLINI, *Lexicon*, vv. *Attributus. Contribuo. Contributus.* — CÉSAR, *de bello gallico*, 1, 60. — TABLE DE CLÈS, lin. 23 sq. — ISIDORE, XV, 2, 11 sq. — ULPIEN, Fr. 30, D., *ad municipalem* 50, 1. — *Voy.* encore ci-après, notes 40-44. 72 sqq.

[42] Les tentatives de définitions et les explications que les anciens nous donnent sont peu satisfaisantes : Cf. VARRON, *de l. l.*, V, 145 (IV, 31, col. 24 Gothofr. — p. 40 Bipont.). — DENYS D'HAL., II, 76. — FESTUS, vv. *Conciliabulum. Pagi. Vici.* — SERVIUS, *ad Verg. Georg.*, II, 381. — ISIDORE, *Orig.*, XV, 2, 11-14.

[43] Le mot *oppidum* sert aussi à désigner le municipe. *Voy.* entre autres le *Liber coloniarum* dans les *Gromatici veteres*, p. 230-240 *passim* (p. 102-105. 107-109. 123-126, Goës).

[44] Habituellement on ne distingue que *coloni* ou *municipes* et *incolæ* (TABLES D'OSUNA, c. 95. 1, 2. 6. — TABLE DE MALAGA, c. 53. 69. — ORELLI, *Inscr.*, 2489. 3707. 3708. 3712. 3994. 6000. 6996. 7173. — Fr. 1, pr. Fr. 35, D., *ad municipalem* 50, 1. — Titt. C., *de municipibus et originariis* 10, 38; *de incolis* 10, 39). Mais les TABLES D'OSUNA complètent l'énumération, en y ajoutant les *contributi*. Elles portent, en effet, au chap. 103. II, 5, 3 : « colon(os), incolasque contributos. » Il est bien permis de corriger ce passage en lisant : « colonos, incolas contributosque. »

[45] La TABLE DE MALAGA, c. 53, admet les *incolæ*, qui ont la qualité de citoyen romain ou de Latin, à prendre part aux élections, en votant dans une curie formée expressément pour eux.

[46] La TABLE DE MALAGA, c. 52-57 parle de *curiæ*, et les curies sont encore mentionnées dans un grand nombre d'inscriptions; tandis que les TABLES D'OSUNA, c. 101, parlent de *tribus*.

[47] CIC., *de legibus*, III, 16. — Les villes qui n'avaient pas accepté la qualité de *fundi* avaient le pouvoir législatif dans toute son étendue en ce qui concernait leurs affaires intérieures; les *populi fundi facti* étaient soumis au droit civil de Rome, et dès lors leur pouvoir législatif se bornait à l'ordre administratif. AULU-GELLE, XVI, 13. « Municipes ergo sunt cives romani legibus suis et suo iure utentes, muneris tantum cum populo participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla alia lege adstricti, cum nunquam populus eorum fundus factus esset. » Cf. ci-dessus, page 131, note 29, et p. 134, note 14.

[48] TABULA HERACLEENSIS, c. 7. 9. lin. 98. 99. 132. — TABLES D'OSUNA, c. 101. — CIC., *pro Cluentio*, 8; *ad famil.*, VIII, 1, 2. X, 32. 2; *ad Atticum*, V, 2, 3.

[49] Cf. ci-après, notes 66. 67.

leur sénat (*senatus, curia, ordo decurionum* [50]), dont les membres, *decuriones* [51], sont choisi par les deux magistrats, *duoviri iuri dicundo,* qui, par analogie des consuls romains, se trouvent à la tête du municipe. Le nombre des décurions est relativement considérable; il paraît que la curie comptait habituellement cent membres ordinaires [52], non compris les membres honoraires parmi lesquels figurent les *patroni* et les *hospites* du municipe [53]. Toutes les branches de l'administration, à la seule exception de la justice [54], sont soumises à la direction et aux délibérations du sénat qui exerce, en outre, ou du moins peut exercer le contrôle le plus sévère sur tous les actes des magistrats [55]. — Il y a régulièrement dans tout municipe deux magistrats, correspondants aux consuls romains, dont les principales fonctions consistent à rendre la justice et qui, pour ce motif, sont appelés *II viri iuri dicundo* [56], et en outre deux édiles, *II viri ædiles,* remplissant des fonctions analogues à celles de leurs homonymes de Rome, fonctions qui embrassent, comme nous l'avons vu, tout ce qui, d'après nos idées modernes, est du domaine de la police, y compris une certaine juridiction sur les délits et sur les opérations qui se passent dans les marchés et sur la voie publique [57]. Souvent on comprend ces quatre magistrats, qui s'occupent de la juridiction et ont le pouvoir d'infliger des amendes [58], sous la dénomination collective de *IV viri iuri dicundo* [59].

50 *Senatus.* Tabula Heracleensis, c. 5. 6. 8. lin. 85 sq. 96. 106-109. — *Curia, decuriones.* Tables d'Osuna, c. 92 sqq. — Orelli, *inscr.*, 3725 et *passim.*

51 *Decuriones conscriptive, decuriones* tout court : Tabula Heracleensis, *ll. ll.* — Tables d'Osuna, c. 92 sqq. — Sous l'empire on dit aussi *curiales.* Cf. ci-après, n° 220.

52 Cf. Cic., *in Rullum,* II, 35, et ci-après, n° 166. C'est pourquoi les décurions sont, dans quelques inscriptions appelés *centumviri.* Orelli, *inscr.*, 108. 764. 6998 et *passim.*

53 Cic., *pro Sestio,* 4; *in Pisonem,* 11 ; *Philipp.*, II, 41. VI, 5 et *passim.* Cf. la dissertation de M. Mommsen, cité ci-dessus, p. 132, note 1. — La liste, *album,* des décurions de la ville de Canusium, qui date de 223 de l'ère chrétienne, porte en tête trente-neuf *patroni,* dont trente et un sénateurs et huit chevaliers romains. Cf. ci-après, n° 166. Les patrons étaient choisis par les décurions : les Tables d'Osuna, c. 97. 130. 131 ; de Malaga, c. 61. contiennent des dispositions rigoureuses ayant pour but d'assurer des choix convenables.

54 Encore est-il à remarquer que la Table de Malaga, c. 66, permet d'interjeter appel auprès du sénat des amendes infligées par les *IV viri iuri dicundo.* Cf. Tables d'Osuna, c. 96.

55 Les dispositions les plus complètes sur la compétence du sénat se trouvent dans les Tables d'Osuna, c. 129, combiné avec c. 92. 97. 98. 99. 100. 103. 125. 126. 128. 130. 131. — Cf. Table de Malaga, c. 62. 64. 67 sq.

56 *Voy.* ci-dessus, note 15, et Tabula Heracleensis, c. 5. 6. 7. lin. 84. 90. 95. 98. 100. — Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 19. 20. 21. 1, 6. 15 sq. 27 sqq. 38. II, 15. — Tables d'Osuna, c. 94. 103. 125. 128. — Tables de Malaga, c. 52-54. 59. 63. 65 sq. 68 ; de Salpensa, c. 24-29. — *Corpus inscriptionum latinarum,* t. I, n°s 1197. 1216. 1245. 1246. 1252. 1255 (Orelli-Henzen, *inscr.*, n°s 6459-6641. 3288. 2416. 7040) et *passim.*

57 Lex Furfensis (Bruns, p. 91 sq.) lin. 9. 15. — Tables d'Osuna, c. 94. 105. 126. — 128 sqq. 134. — Tables de Malaga, c. 55, 66; de Salpensa, c. 26 sq. — *Corpus inscr. lat.*, t. I, n°s 1112. 1165, 1177. 1178. 1189. 1192 (Orelli-Henzen, *inscr.*, n°s 5818. 7074. 7053. 7055-7057) et *passim.*

58 Table de Malaga, c. 66. — Cf. Tables d'Osuna, c. 96. « deque multis pœnisque. »

59 Ou *IV viri* tout court. Tab. Heracl., c. 5. 6. 7. 10. — Lex (Rubria) de Gallia cisalpina,

Nous trouvons encore dans certaines villes des *prætores*, des *quæstores* et d'autres fonctionnaires [60]. Le suprême pouvoir, comme nous l'avons déjà dit, est confié aux *duoviri iuri dicundo* [61], dont les fonctions sont considérées comme si importantes qu'un duumvir ne peut s'absenter un jour sans se donner un suppléant, *præfectus* [62]. Ce sont eux qui font tous les actes d'administration municipale en exécution des décrets du sénat [63]; ils président les assemblées de ce corps et les comices [64]; ils dirigent les opérations du cens qui se fait tous les cinq ans [65] (ce qui vaut aux magistrats qui y procèdent le nom de *quinquennales* [66]) ; enfin, ils administrent la justice. La justice criminelle des municipes s'étendait anciennement peut-être très-loin dans les villes qui ne participaient pas de la *civitas romana;* vers la fin de la république [67], elle se trouve réduite à des délits d'intérêt local, dont les plus graves donnaient probablement lieu à une procédure analogue à celle des *quæstiones perpetuæ* [68], tandis que les autres n'entraînaient que des amendes ou peines pécuniaires dont la poursuite se faisait par un magistrat ou par le premier citoyen venu devant des juges récupérateurs, comme nous l'avons vu, en traitant de

c. 19. 20. 21. Cf. Table de Salpensa, c. 29. – *Corp. inscr. lat.*, t. I, nos 1230. 1231. 1407 (Orelli-Henzen, nos 6382. 1613. 7038) et *passim*. Plus tard il y a aussi des *VIII viri*. *Voy.* ci-après, no 166.

[60] *Corpus inscript. latinarum*, t. I, nos 1143. 1146. 1148. 1159. 1249 (Orelli-Henzen, nos 6601. 7022. 7023. 7024. 6213) et *passim*. Cf. ci-après, no 166.

[61] Tabula Heracleensis, c. 9. 11. lin. 130. 142. « ... Quei in eis municipieis coloneis præfectureis maximum mag(istratum) maximamve potestatem ibei habebit ». Cf. note 71.—Aussi, sous l'empire, la dignité de *magistratus* n'est reconnue qu'aux *duoviri iuri dicundo*. Cf. ci-après, no 220.

[62] *Præfecti. Pro protestate* ou *Pro imperio*. Tables d'Osuna, c. 93-97. 103. 126. 128-131. – Table de Salpensa, c. 25. – Orelli, *inscr.*, 3909. 7072. 7073 et *passim*. Quand une place de duumvir se trouvait vacante, il y avait anciennement, au moins dans certaines colonies ou municipes, lieu de nommer un *interrex*. (Tables d'Osuna, c. 130 *in f.* – *Corpus inscr. latinarum* t. I, no 1221. – Orelli, *inscr.*, 3876). Plus tard, le sénat nomme, conformément à une loi *Petronia* (de la fin de la république ou du commencement de l'empire) des *præfecti iuri dicundo*, qui s'appellent aussi parfois *II viri* ou *IV viri*. Orelli, *inscr.*, 2287. 3679. 3818. 6957. 7072. Enfin, sous l'empire, il y a lieu de nommer des *præfecti*, quand l'empereur ou des membres de la famille impériale ont été élus au duumvirat. Cf. ci-après, no 166.

[63] Cf. ci-dessus, note 55.

[64] Tabula Heracleensis, c. 7. 9. lin. 99. 126. – Tables d'Osuna. c. 92. 96. 97. 99. 100 (les chapitres 130 sq., 134 mentionnent aussi les édiles, comme présidant le sénat). – Tables de Malaga, c. 51-59; de Salpensa, c. 25. 29.

[65] Tabula Heracleensis, c. 11. lin, 142 sqq.

[66] *Corpus inscr. lat.*, t. I, nos 1140. 1137. 1216 (O. H. 6641). 1235 sq. (O. H. 3294) 1341 et *passim*. — Les magistrats qui tiennent le cens, sont aussi appelées *II viri*, *IV viri*, *ædiles censoria potestate*. Cf. Orelli-Henzen, t. III, no 7075 et *Index*, v. *Censores*, p. 157.

[67] La Table d'Héraclée, c. 8. lin. 117 sqq., parle encore d'un *iudicium publicum* de municipe : « Quive iudicio publico Romæ condemnatus est erit, quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est, quive in eo municipio, colonia, præfectura, foro, conciliabulo, cuius erit iudicio publico condemnatus est, erit..... » Cf. Appien, *de bellis civ.*, IV, 28. – Velleius Paterculus, II, 19.

[68] *Voy.* les Tables d'Osuna, c. 102. 105, où il s'agit de décurions accusés et poursuivis comme *indigni loci aut ordinis decurionatus*.

l'administration de la justice criminelle à Rome [69]. Dans l'administration de la justice civile, les duumvirs et les édiles suivaient la marche usitée à Rome, se bornant à la *iuris dictio* et désignant pour le *iudicium* des juges privés : *iudices, arbitri, recuperatores* [70]. Il est probable que, pendant longtemps, la juridiction civile des magistrats s'exerçait d'une manière souveraine [71]; mais déjà la loi de la Gaule cisalpine le limita pour certaines actions à la somme de 15,000 sesterces, en bornant, pour les affaires d'un chiffre plus élevé, le pouvoir du magistrat municipal à l'emploi des moyens coercitifs nécessaires pour obtenir des parties l'engagement de se présenter devant le préteur à Rome [72]. — La juridiction et le pouvoir censorial des magistrats municipaux s'étendaient aussi sur les localités soumises [73] (*oppida, fora, conciliabula, vici, castella* [74]); cependant ces localités avaient leur territoire et leur patrimoine propres et s'administraient elles-mêmes par des magistrats de leur choix : *magistri,*

[69] *Voy.* ci-dessus, page 184, notes 77. 80, et Tabula Heracleensis, c. 10, lin. 140. « Quoi adversus ea fecerit, is H. S. Iↄↄↄ p(opulo) d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniæ quei volet, petitio esto ». — *Lex Mamilia*, c. 4. 5 (54. 55), ci-dessus, p. 185, note 80. — Tables d'Osuna, c. 92. 93. 95. 97. 104. 125. « .... eiusque pecuniæ qui eorum (i. e. colonorum) volet reciperatorio iudicio apud ii virum præfectumve actio petitio persecutio ex hac lege ius potestasque esto ». Des dispositions analogues, avec la même formule finale, se trouvent aux chapitres 126. 128. 129. 130. 131. — Table de Malaga, c. 61. 62.

[70] Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20. I, 15-19. — *Lex Mamilia*, c. 5 (55). — Cf. les chapitres des Tables d'Osuna, cités à la note précédente. Il est vrai que, dans ces chapitres, il s'agit d'amendes à poursuivre par action populaire ; mais cette action est civile. A ce titre, ces chapitres appartiennent donc à l'ordre d'idées dont nous nous occupons dans ce moment, et ils achèvent de détruire deux opinions erronées (qui doivent toutes les deux leur origine à une fausse notion des *iudicia imperio continentia*, ci-après, § 46), l'une qui considère la *datio recuperatorum* comme une émanation de l'*imperium*, l'autre qui attribue l'*imperium* aux magistrats municipaux.

[71] En nous exprimant ainsi, nous entendons dire que les magistrats municipaux statuaient en dernier ressort et sans appel, mais nullement qu'ils aient eu ce pouvoir suprême des magistrats romains qu'on appelle *imperium* dans le sens propre du mot. Cf. ci-dessus, n° 53. Il est vrai que les Tables d'Osuna, c. 94. 125. 128 (I, 30. II, 6, 16; 7, 12 sq.) parlent, à propos des *duoviri* de *imperium et potestas*. Mais il est évident qu'elles emploient ces mots dans le sens vulgaire ; car, sans nous arrêter à d'autres considérations, en parlant du duumvir, chargé du commandement militaire, c. 103, elles lui donnent un pouvoir égal à celui d'un *tribunus militum* de l'armée romaine. Aussi peut-on déjà rapporter à notre époque la règle énoncée par Paul, Fr. 26, D., *ad municipalem* 50, 1. « Ea quæ magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest, » au moins, en ce qui concerne les colonies et municipes de citoyens romains. Dans les autres villes, les magistrats municipaux pouvaient avoir une latitude plus grande. La Table de Salpensa, c. 28. 29, nous en fournit la preuve en matière d'affranchissement et de dation de tuteur (cf. ci-après, t. III, §§ 336. 341), et il est possible que les anciens municipes autonomes aient laissé une trace dans le passage de Paul, II, 25, 4, où il est dit que les magistrats municipaux peuvent présider aux émancipations et aux affranchissements, *si habeant legis actionem.*

[72] Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 21. Cf. ci-après, n° 166.

[73] *A*) Tabula Heracleensis, c. 8. lin. 119. — Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 21. 22. 23. II, 4. 25 sqq. 54 sqq. — *Lex Mamilia*, c. 3. 5. (53. 55). — Cf. Lex (Acilia) repetundarum, c. 12. lin. 30 sq. — *B*) Tabula Heracleensis, c. 11. lin. 1[illegible]. 158.

[74] En comparant cette énumération, puisée dans les inscriptions qui nous restent, avec celle que nous avons faite ci-dessus, note 43, on constatera que la nôtre contient de plus les *pagi.*

ædiles [75]. On comprend que cet état de choses a dû donner lieu à des conflits : nous possédons quelques inscriptions qui ont rapport à des contestations de ce genre, jugées par des commissaires de Rome [76].

DES PROVINCES.

107. Après les guerres d'Italie, quand les Romains avaient conquis un pays, ils y plaçaient des garnisons et en organisaient l'administration sous le gouvernement d'un *prætor :* cela s'appelait réduire en province, *in provinciam redigere* [1]. On ne suivait point, dans le principe, une règle générale et arrêtée d'avance : chaque province était organisée et régie par une loi spéciale [2] qui en fixait le sort après la conquête, sauf les modifications qui pouvaient y être apportées par des lois et sénatus-consultes postérieurs, rendus à Rome, soit pour toutes les provinces, soit pour telle province déterminée, ainsi que par les ordonnances des gouverneurs. Cette organisation offrait donc, dans les premiers temps, une assez grande variété [3] qui s'effaça cependant à la longue, d'autant plus que, dès l'origine, il y avait toujours eu certains points communs qui constituaient le caractère distinctif du régime provincial.

D'après le droit international des Romains, le territoire conquis appar-

75. *Magistri* et *Ædiles vicorum, pagorum. Corp. inscr. lat.*, t. I, nos 1257. 1285. 1406. 1466. 1467 et *passim*. — Orelli-Henzen, nos 1819. 3984. 4091. 6119 et *passim*.

76 Le *decretum Æmilii Pauli de Lascutanis*, et la *sententia Minuciorum*, ci-dessus, page 9, nos 18 et 19. — Nous trouvons dans l'époque suivante : les sentences du proconsul Helvius Agrippa de l'an 68 de l'ère chrétienne, de l'empereur Commodus de l'an 82, de C. Helvidius Priscus. *Voy.* ci-dessus, pages 9 et 10, nos 22. 29 (Bruns, *fontes*, p. 119. 172. — Giraud, *Enchiridion*, p. 668).

1 Velleius Paterculus, II, 38. — *Provincia*, de *pro* et *vincere*, d'après les anciens, Festus, v. « *Provinciæ* appellantur quod populus Romanus eas provicit, id est, ante vicit. » Au lieu de cette étymologie peu concluante, M. Niebuhr, t. III, p. 727, propose *proventus*, id est πρόσοδος, *vectigal*, revenu ; ce qui n'est guère moins aventureux, mais parfaitement conforme aux idées des Romains qui ne voyaient dans les provinces qu'une source de revenus. Cic., *in Verrem*, II, 3, 7.

2 En disant loi, nous suivons l'exemple des Romains qui emploient dans cette occasion habituellement le mot *lex*, bien que les lois organiques des provinces émanent d'habitude du préteur, chargé de l'organisation du territoire conquis. Ce sont des *leges datæ* par le magistrat en vertu d'une délégation du peuple, comme celles dont nous avons parlé, en traitant de l'organisation des villes, ci-dessus, p. 198, notes 11. 12. Ainsi nous trouvons la loi *Æmilia Pauli* de 587 pour la Macédoine (Tite-Live, XLV, 28 sqq. — Justin, XXXIII, 2) ; la loi *Mummia* en 608 pour la Grèce (Polybe, XL, 10, 2. — Zonaras, IX, 31); la loi *Rupilia* en 623 pour la Sicile (Cic., *in Verrem*, II, 2, 13. 49. — Valère-Maxime, VI, 9, 8); la loi *Pompeia* en 691 pour les provinces de Bithynie, et de Pont (Strabon, XII, 27. — Pline, *epist.*, X, 83 sq.). A propos de la loi *Rupilia*, il résulte de Cicéron, *in Verrem*, II, 2. 13. 16, que ce règlement fut rédigé par le consul P. Rupilius, aidé de dix légats du sénat, donc probablement sans délégation des comices, et c'est sans doute par ce motif qu'il n'est appelé *lex* que par les habitants de la province : « P. Rupilii decreto, quod is de decem legatorum sententia statuit, quam legem illi (i. e. Siculi) vocant. »

3 Les premières provinces, spécialement la Sicile, étaient soumises à un régime moins sévère que les territoires conquis postérieurement. Cic., *in Verrem*, II, 2, 1. 13. II, 3, 6 et *passim*.

tenait à la république [4]. Ce principe n'était guère, à la vérité, appliqué dans toute sa rigueur aux propriétés particulières, qu'on laissait souvent, au moins en partie, aux détenteurs actuels [5]. Régulièrement les terres que l'on confisquait étaient vendues et devenaient ainsi *agri privati*. Mais dans l'une comme dans l'autre de ces deux hypothèses, le domaine des terres était toujours réservé à l'État; les particuliers étaient censés n'en avoir que la possession et l'usage [6]. Il est vrai que de fait cette possession donnait les mêmes avantages matériels que la propriété; cependant le pouvoir que l'on reconnaissait aux particuliers n'avait point le caractère absolu et rigoureux de la propriété romaine, *dominium ex jure quiritium*. Particulièrement il ne pouvait être acquis ni transféré d'après les règles du *jus civile*, et partant il ne jouissait pas d'une protection aussi efficace [7]. La fiction des Romains, d'après laquelle le sol provincial appartenait de droit à l'État, leur permit d'imposer aux immeubles une contribution foncière, comme une espèce de rente à payer, pour la jouissance que la république accordait aux particuliers [8]. C'était là ce qui distinguait le sol provincial d'avec le sol italique, qui avait le privilége de la propriété romaine et était exempt de tout impôt [9].

Outre l'impôt foncier, qui se payait soit en argent, soit en nature [10], il y avait, dans la plupart des provinces, une contribution personnelle répartie sur les habitants [11]. La république recevait encore des rentes pour

[4] *Voy.* ci-dessus, n°s 67. 72.

[5] D'après la TABLE DE THISBÉ, lin. 17-20. 25 sq., les habitants de cette ville avaient demandé que, conformément aux arrangements intervenus, ils fussent considérés comme ayant à eux leurs terres, leurs ports avec les revenus et leurs montagnes. Mais le sénat de Rome leur répond qu'il n'y a eu aucun acte qui leur permette d'avoir ces biens en propre, ὀυποτε (περ)ὶ αὐτῶν γέγονεν, ὅπως (τα) ἑαυτῶν αὐτοῖς ἔχειν ἐξῇ.

[6] CIC., *in Rullum*, I, 2. II, 19; *in Verrem*, II, 3, 6. — APPIEN, *de bellis civ.*, II, 140. — AGGENUS URBICUS, p. 4, 10; 63, 4, ci-après, note 8. — POMPONIUS, Fr. 20, § 1, D., *de captivis et postliminio* 49, 15. « Publicatur enim ille ager qui ex hostibus captus sit. » — GAIUS, II, 7. « In provinciali solo.... dominium populi romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur. — THÉOPHILE, *ad Inst.*, II, 1, 40. — *Voy.* encore ci-après, § 92, *B*.

[7] AGGENUS URBICUS, 4, 10; 63, 4, ci-après, note 8. — GAIUS, II, 7. 26. 27. 46. — Aussi cette propriété naturelle est-elle souvent tout simplement appelée *possessio*. CIC., *ad Atticum*, VI, 1, 13. « Feci iter per eius possessionem... » — FRONTIN, p. 36, 405 (77. Goës). Cf. ci-après, § 92, *B*.

[8] FRONTIN, p. 36, 6 (AGGENUS, p. 63, 4; p. 77, Goës). « Possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et præstandi tributi condicio concessa est ». — AGGENUS, p. 4, 10 (47, Goës). « Quod (in provinciis) omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvant. » — TERTULLIEN, *apolog.*, 13. « Sed enim agri tributo onusti viliores, hominum capita stipendio censa ignobiliora. Nam hæ sunt notæ captivitatis. »

[9] *Voy.* ci-dessus, n° 72, et ci-après, n°s 167. 218.

[10] *A*) Rente en argent, de préférence *stipendium, vectigal stipendiarium*. LEX (THORIA) AGRARIA, c. 37 sq., lin. 77-82. — CIC., *in Verrem*, II, 3, 6; *pro Balbo*, 9. — *B*) Rente en nature, *vectigal* par excellence, habituellement d'un dixième. CIC., *in Verrem*, II, 3, 6. 8. 11. « agri decumani ». III, 5, 81. « frumentum decumanum. » — LE MÊME, *ad Atticum*, I, 17; *ad Quintum fratrem*, I, 1, 10.

[11] Il serait fastidieux de citer tous les passages qui établissent ce fait. Nous nous bornerons aux

l'usage des pâturages publics [12], et il était rare qu'on abolît les contributions indirectes qu'on trouvait déjà établies. Souvent on en imposait d'extraordinaires [13]. — Ce n'était pas l'État qui levait les impôts : on avait coutume de les donner à ferme. Les chevaliers de Rome avaient formé des sociétés pour exploiter ce genre d'industrie, *publicani*, et ce fut la source principale de leurs grandes richesses [14]. — Exceptionnellement le peuple ou le sénat accordait à une ville l'immunité des impôts et le privilége d'être exempte des cantonnements militaires [15].

110. Tout pouvoir était réuni dans les mains du gouverneur [16], dont les fonctions étaient confiées, dans le principe, à un préteur particulier, plus tard aux magistrats qui sortaient de fonctions, particulièrement aux ex-préteurs et aux ex-consuls, *pro prætore* et *pro consule fungebantur* [17]. Le gouverneur était assisté de *legati*, personnages de rang sénatorial et nommés par le sénat [18], mais qu'il dépendait de lui d'employer comme il l'entendait, en leur déléguant telle partie de l'administration ou du pays qu'il jugeait convenable [19]. Les finances étaient confiées à un ou deux questeurs, tirés au sort parmi les magistrats de ce nom [20], et indépendants du gouverneur qu'ils étaient appelés à remplacer en cas de rappel ou de mort [21]. Enfin le gouverneur avait, comme tout magistrat, ses *apparitores* et ses esclaves publics [22]. Inutile d'ajouter que les troupes

suivants : Cic., *in Verrem*, II, 2, 53. 55. 56. — Tite-Live, XXIII, 32. — Appien, *de rebus punicis*, c. 135.

[12] Cic., *pro lege Manilia*, 6; *ad familiares*, XII, 65.

[13] *Voy.* ci-dessus, n° 79.

[14] *Voy.* ci-dessus, n° 79.

[15] Plebiscitum de termessibus, c. 5. 7. — Cic., *in Verrem*, II, 2, 69. II, 3, 6. II, 5, 21. — Tite-Live, XLV. 26. — Sénèque, *de benef.*, V, 16, *in fine*.

[16] Souvent on laissait les anciens rois, mais en leur ôtant tout pouvoir réel; par exemple, Hérode dans la Judée.

[17] *Voy.* ci-dessus, p. 110, notes 7. 8 et p. 112, notes 20 sq.

[18] Mais habituellement d'accord avec le gouverneur qui, d'ailleurs, pouvait renvoyer des légats dont il ne s'accommodait pas. Cic., *in Verrem*, II, 3, 58; *in Vatinium*, 15; *pro Sestio*, 14; *ad familiares*, XII, 3. XIII, 55; *ad Quintum fratrem*, I, 1, 10; *ad Atticum*, XV, 11, 4. — *Scholia Bobiensia ad Vatin.*, 15. p. 323, Orelli.

[19] Cic., *in Vatinium*, 15; *in Verrem*, II, 3, 58; *pro Murena*, 9. — César, *de bello gallico*, 10. 21. 54. 60; *de bello civili*, II, 17. — Cornelius Nepos, *Atticus*, 6. — Tite-Live, XXIX, 19. — Fr. 4. 5. 6. 10. § 1. Fr 11. 13. 15. D., *de officio proconsulis* 1, 16. — Tit. D., *de officio eius cui est mandata iurisdictio* 1, 21. — Fr. 17. D., *de iurisdictione* 2, 1.

[20] Cic., *in Verrem*, II, 1, 13; *ad Quintum fratrem*, I, 1, 11; *ad Atticum*, VI, 6, 2. 4.

[21] Cic., *divinatio in Cæcil.*, 10. 19; *in Verrem*, II, 1, 15. II, 2, 4, 8; *ad famil.*, II, 17. XIII, 9. 10. 26; *ad Atticum*, VI, 6; *ad Quintum fratrem*, I, 1, 11. — Salluste, *Catilina*, 19. — Velleius Paterc., II, 45. — Ps. Asconius, *ad divin. in Cæcil.*, 10; *in Verr.*, II, 2, 4. p. 113, 10. 207, 5. Orelli. — Le questeur avait en outre la juridiction que les Édiles curules exerçaient à Rome. Gaius, I, 5. 6. — Il va sans dire, au reste, que le gouverneur pouvait lui déléguer, en dehors de ses pouvoirs ordinaires, telles autres attributions qu'il jugeait convenables. Cic., *ad famil.*, II, 15, 4. XII, 15. — Salluste, *Iugurtha*, 103.

[22] *Voy.* ci-dessus, n° 66.

romaines qui se trouvaient dans la province étaient sous son commandement. — Les gouverneurs avaient, en outre, l'habitude d'amener avec eux en province des amis et des protégés (*amici, comites, contubernales*), qui prenaient une large part dans les bénéfices de l'administration, en obtenant des missions lucratives [23]. On comprenait ces amis sous le nom de *cohors prætoria* [24], bien que ce terme paraisse avoir été créé d'abord pour les compagnies de gardes du corps que Scipion l'Africain le premier avait formées, en s'entourant de soldats dévoués, auxquels il faisait une position privilégiée [25]. Ces deux cohortes, la civile et la militaire, n'avaient aucun caractère légal ou officiel; mais elles n'en exerçaient pas moins une influence désastreuse : la première, en rendant plus écrasant encore le joug déjà si lourd qui pesait sur les provinciaux; la seconde en substituant au patriotisme du soldat romain le dévouement aveugle aux chefs militaires. — Le pouvoir des gouverneurs était, comme celui de tous les magistrats romains, arbitraire et illimité [26]; ils avaient cependant l'habitude de conférer avec un conseil qu'ils choisissaient parmi les citoyens romains établis dans la province [27]. Nous trouvons aussi dans quelques provinces des sénats ou conseils d'indigènes; mais ces corps n'avaient aucun pouvoir réel [28].

Le gouverneur faisait des tournées dans sa province pour veiller à l'administration de la justice, *conventum facere*, *forum agere*, *iudicia ordinaria habere* [29]. La juridiction criminelle sur les habitants de la province

[23] Ici nous trouvons encore des *præfecti*. CATON L'ANCIEN, *orat. fr.*, p. 67 ed. Meyer. — CIC., *in Verrem*, I, 2, 10; *ad familiares*, VIII, 5 et *passim*.

[24] CIC., *in Verrem*, II, 1, 14; 4, 55; *pro Cælio*, 30; *ad Atticum*, VI, 1, et surtout *ad Quintum fratrem*, I, 1. — Le terme *cohors prætoria* s'emploie, au reste, dans un sens plus large, embrassant tout l'entourage, officiel et non officiel, du gouverneur.

[25] FESTUS, v. « *Prætoria cohors* est dicta quæ a prætore non discedebant. Scipio enim Africanus primus fortissimum quemque delegit, qui ab eo in bello non discederent, et cetero munere militiæ vacarent et sesquiplex stipendium acciperent. » — Cf. APPIEN, *de rebus punicis*, 8. — CIC., *ad familiares*, X, 30. XV, 4. — SALLUSTE, *Catilina*, 60. 61. — CÉSAR, *de bello gallico*, I, 40; *de bello civili*, I, 75.

[26] *Voy.* ci-dessus, nos 52 sqq.

[27] CIC., *in Verrem*, II, 1, 29. II, 2, 29. II, 5, 21. 44. LE MÊME, II, 2, 27, reproche à Verrès de prendre des conseillers dans sa cohorte. Cf. au reste, ci-dessus, no 54.

[28] TITE-LIVE, XLV, 32. « Quod ad statum Macedoniæ pertinebat, senatores quos *synedros* vocant, legendos esse, quorum consilio respublica administraretur. »

[29] CIC., *in Verrem*, II, 2, 29. II, 5, 11; *ad fam.*, XV, 4; *ad Att.*, V, 14. 20. 21. VI, 2.—CÉSAR, *de bello gall.*, I, 54. VIII, 46. — HIRTIUS, *de bello Alex.*, 65. 66. 78. — TITE-LIVE, XXXI, 29. XXXIV, 48. — VERGILE, *Æneid.*, V, 758, et SERVIUS *ad h. l.* — HORACE, *Sat.*, I, 7, 22. — JUVÉNAL, VIII, 127. — SUÉTONE, *César*, 7. — FESTUS, vv. *Conventus. Forum.* — GAIUS, I, 20. — THÉOPHILE, *ad Inst.*, I, 6, 4. — Le mot *conventus* désigne aussi les arrondissements judiciaires ou administratifs des provinces. (*Voy.* les énumérations dans les livres III, IV et V de l'*Histoire naturelle* de PLINE.) Dans un sens plus étendu, il comprend toute réunion et particulièrement les réunions que tenaient les citoyens romains établis dans un arrondissement provincial. *Voy.* en général FESTUS, v. *Conventus*.

lui appartenait entièrement; il avait même le droit de vie et de mort sur les citoyens, quand il exerçait le commandement militaire [30], sauf naturellement l'invocation de la protection tribunitienne et l'appel au peuple [31]. Il jugeait également les affaires civiles, en suivant la procédure usitée à Rome, c'est-à-dire en se bornant régulièrement à décider le point de droit, sauf à renvoyer l'examen des autres questions à un *iudex* ou à des récupérateurs, pris parmi les citoyens ou les *peregrini* habitant la province, selon la condition des parties [32]. — Les municipes et colonies situées dans les provinces, ainsi que les autres villes libres, en tant que le traité le leur eût accordé, se trouvaient en dehors de l'action régulière du gouverneur [33].

111. La conquête d'un pays ne le faisait pas participer au droit des Romains : les habitants conservaient donc leurs lois et coutumes [34]. Cependant les ordonnances des préteurs, qui suivaient naturellement plus ou moins les édits de leurs collègues de Rome, ne laissaient pas que de modifier graduellement les droits nationaux [35]; nous trouvons même, déjà sous la république, des lois votées à Rome et obligatoires pour les

[30] Cic., *in Verrem*, II, 1, 28. 29. 30. II, 2, 28. 29. 30. 37. 41. — Tite-Live, XXXI, 29. — Valère-Maxime, VIII, 1, 2. — Aulu-Gelle, XII, 7. — Cf. Fr. 6, § 8, D., *de officio præsidis* 1, 18. —Fr. 1, § 1. Fr. 5, § 1, D., *de officio eius cui mandata est iurisdictio* 1, 21. — Fr. 3, D., *de iurisdictione* 2, 1.

[31] Plutarque, *Jules César*, 4. — Cic., *in Verrem*, II, 5, 54. — Cf. *Actes des apôtres*, XXII, 25. XXV, 10. XXVI, 32, et ci-dessus, nº 52 *in fine*.

[32] En Sicile, lorsque les deux parties étaient Siciliens, le juge était pris dans la même nation, tandis qu'il était de la nation du défendeur quand la contestation s'était élevée entre un citoyen romain et un provincial. Cic., *in Verrem*, II, 2, 13. « Siculi hoc iure usi sunt, ut, quod civis cum civi agat, domi certet suis legibus... Quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus iudex datur; quod Siculus a cive romano, civis romanus datur... » *Ibidem*, c. 14-18. 22-25. 37-38. Cf. *Ibidem*, II, 3, 22. 28. 58. 59. 60; *divinatio in Cæcil.*, 17; *ad Atticum*, VI, 1, 15; 2, 4.

[33] Ces octrois, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, nº 102, étaient plus ou moins étendus et pouvaient même, dans certaines limites, être accordés par les gouverneurs. En parlant de son administration provinciale, Cic., *ad Atticum*, VI, 2, se vante : « Multæ civitates omni ære alieno liberatæ, multæ valde levatæ sunt : omnes suis legibus et iudiciis usæ, αὐτονομίαν adeptæ revixerunt ». — Le même, *de prov. consularibus*, 3. « Omitto iurisdictionem in libera civitate contra leges senatusque consulta. » — Tite-Live, XXXIII, 32. « Senatus romanus.... liberos immunes, suis legibus iubet esse Corinthios, Phocenses, Locriensesque omnes. » — Le même, XXXV, 46. XXXVIII, 39. XLV, 26. — Strabon, XVII, 3, 24.

[34] SC. de Asclepiade, lin. 17 sqq. — Cic., *in Verrem*, II, 2, 13. 37 sqq.; *pro Flacco*, 30; *ad famil.*, XIII, 19; *ad Atticum*, VI, 1, 15. VI, 2, 4. — César, *de bello gallico*, I, 45. — Tite-Live, XXXV, 5. — Plutarque, *Marcellus*, 23. — Nous en trouvons des traces pour les successions à cause de mort chez : Cic., *in Verrem*, II, 2, 22; *ad familiares*, XIII, 19. — Pline, *epist.*, X, 88.— Ulpien, XX, 14; pour les relations de famille chez Gaius, I, 92. 189. 193. 197. 198. Cf. la Table de Salpensa, c. 23, et ci-dessus, p. 206, note 70; pour les droits patrimoniaux chez Ciceron, *ad familiares*, XIII, 56. — Pline, *epist.*, X, 109. 110. — Gaius, III, 96. 120. 134. — Dositheus, *fragmentum de manumissionibus*, 14. — Papinien, Fr. 37, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis*, 42, 5.

[35] Cic., *in Verrem*, II, 1, 43 sqq., II, 2, 13. II, 3, 10. 65; *ad famil.*, XIII, 48; *ad Atticum*, V, 21, 11. VI, 1, 5. 7. 13. — Gaius, I, 6. — Zonaras, IX, 21.

peregrini [36]. D'un autre côté, le droit des Quirites subit à son tour l'influence des autres législations et s'appropria insensiblement diverses institutions qu'il trouva établies dans les provinces [37].

112. A la fin de leur gestion, le gouverneur et le questeur étaient obligés d'en rendre compte. Depuis le commencement du septième siècle, il y a des tribunaux permanents pour les accusations de concussion [38]; des récompenses sont promises à quiconque poursuivra avec succès, de ce chef, un magistrat ou autre fonctionnaire [39]; enfin, pour prévenir les abus administratifs, on défend aux gouverneurs, magistrats et fonctionnaires provinciaux de recevoir des cadeaux et d'acheter des terres dans leurs provinces [40]. Mais tout cela n'empêchait pas que l'administration d'une province ne fût considérée comme un moyen infaillible de s'enrichir. Et il devait en être ainsi afin que le gouverneur fût à même de payer les dettes qu'il avait faites pour acheter les électeurs, et de couvrir les dépenses qu'il était obligé de faire après sa gestion pour ne pas être condamné du chef de concussion [41].

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

113. Le droit romain, fixé par la législation des Douze Tables, commence à se développer et à s'élargir. Par suite des conquêtes et après que le droit de cité eut été accordé aux alliés, la loi de Rome devint celle de l'Italie entière. Mais si, d'un côté, le *ius civile* de la république remplace

[36] Tite-Live, XXXV, 7. — Macrobe, *Saturn.*, II, 15. — Gaius, I, 185. 189. III, 122. — Ulpien, XI, 18. — Sous l'empire, le fait est plus fréquent.

[37] Exemple : l'hypothèque et les syngraphæ. *Voy.* ci-après, §§ 153. 154, et t. II, § 247.

[38] Ci-dessus, n°s 92-95.

[39] La loi (Acilia) repetundarum, c. 24, lin. 76 sqq., accorde à l'accusateur citoyen le droit de remplacer l'accusé coupable dans sa tribu, et à l'accusateur non-citoyen le droit de cité ou, à son choix, le droit de provocation. D'après Cic., *pro Balbo*, 25, la *loi Servilia Glauciæ* promettait le droit de cité à l'accusateur latin. Si, comme nous le supposons, la loi *Acilia* (?) est antérieure à la loi *Servilia*, ces deux renseignements ne semblent pas s'accorder. Mais de ce que Cicéron ne parle que de Latins, il ne s'ensuit pas nécessairement que les dispositions de la loi *Servilia* n'aient pas eu une rédaction plus générale.

[40] Lex (Acilia) repetundarum, c. 1, lin. 2 sqq. — Cic., *de legibus*, III, 4; *in Verrem*, II, 4, 5.

[41] « Quæ, quamquam gravia sunt, tamen consuetudine pro nihilo habentur. » dit Salluste, *Iugurtha*, 31.

les droits nationaux des villes soumises [1], d'un autre côté, il ne peut se soustraire à l'influence que les lois et coutumes des autres peuples devaient nécessairement exercer sur lui par suite des relations multipliées de Rome avec l'étranger. Les idées sévères et exclusives perdent de leur rigueur extrême; les Romains s'habituent à admettre les principes qu'ils trouvent établis chez tous les peuples et que par cela même ils considèrent comme étant fondés dans la nature des choses et antérieurs aux divers droits nationaux [2]. Toutefois l'autorité de ce *ius gentium* est faible encore; la législation n'en tient aucun compte [3]. C'est le magistrat chargé de l'administration de la justice qui essaye de satisfaire l'opinion publique, en faisant valoir des principes plus larges et plus libres. Il est probable que l'établissement du préteur *peregrinus*, qui, par la nature de ses fonctions, était obligé d'avoir quelque égard aux législations étrangères, favorisa beaucoup cette tendance [4]. Les préteurs sont aidés dans leurs réformes par la science qui commence à naître et qui met déjà à profit la philosophie des Grecs. Toutefois, les jurisconsultes de notre époque ne s'occupent guère que de questions pratiques : ce n'est que dans l'époque suivante que la science du droit arrive à son apogée [5].

LÉGISLATION.

DÉCRETS DU PEUPLE, *LEGES, PLEBISCITA*.

114. C'est dans le peuple que réside le pouvoir législatif [1]. Nous avons vu ci-dessus comment il s'est fait que les décrets de la plèbe, *plebiscita*, obtinrent la même force obligatoire que ceux de la nation

[1] Aulu-Gelle, IX, 4. « Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est. » Cf. ci-après, t. III, § 307.

[2] Cic., *de legibus*, I, 5. 6; *de officiis*, III, 17. « Quod civile, non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet. » — Gaius, Fr. 1, pr. D., *de acquirendo rerum dominio*, 41, 1. « Antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum. » — § 1, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2. « Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur ». — Isidore, *Origines* V, 6. « ... Inde *ius gentium*, quod eo iure omnes fere gentes utuntur. » — *Voy.* encore ci-après, § 2.

[3] *Voy.* ci-après, nos 117. 119.

[4] *Voy.* ci-après, nos 120-132.

[5] *Voy.* ci-après, nos 134 et suivants.

[1] Aussi dans le sens propre du mot « Lex est quod populus iubet et constituit ». Gaius, 1, 3 et *passim*. Cependant on appelle aussi *leges* (*datæ*) les règlements organiques que des magistrats donnent en vertu d'une délégation populaire. Cf. ci-dessus, p. 198, notes 8-12, et p. 207, note 2. Par extension on donne le même nom aux sénatus-consultes et aux édits des magistrats et des empereurs. Enfin, dans un sens plus large encore, le mot *lex* est appliqué à toute proposition ayant un caractère obligatoire, même à des conventions formées entre particuliers. C'est ainsi qu'on appelle *lex mancipii, venditionis, locationis* les conditions auxquelles se fait une manci-

entière, *populiscita, leges centuriatæ*[2]. A partir de cette époque, le nom de *leges* est donné à tous les décrets des comices; toutefois, un monument du huitième siècle distingue encore *leges* et *plebiscita*[3].

En ce qui concerne les formalités requises pour la confection des lois, il y avait naturellement des différences entre les divers comices. Ces différences s'affaiblirent cependant à la longue, et dans les derniers temps de la république, l'on suivait, dans les assemblées du peuple et dans celles de la plèbe, à peu près les mêmes procédés dont les éléments essentiels se résument comme suit. Quand un magistrat voulait faire voter une loi, il en publiait le projet, *legem promulgabat*, et l'exposait publiquement pendant trois jours de marché consécutifs, *per trinundinum*[4]. Ce temps était habituellement employé à faire discuter le projet dans des réunions préparatoires, *contiones*[5]. Le jour des comices étant venu, un scribe ou un autre employé donnait lecture du projet[6]; ensuite, après discussion préalable[7], l'auteur priait l'assemblée de l'adopter, *rogatio*[8]. Le vote se faisait au moyen de tablettes[9] : chaque votant en recevait deux; sur l'une

pation, une vente, un bail. Voir, pour ces exemples et autres analogues, ci-après, § 97, et t. II, § 248, nº 3 et *passim*.

[2] Le mot *populiscitum* ne se rencontre point comme formant antithèse à *plebiscitum;* mais il est évidemment propre à désigner les décrets des centuries, depuis que les centuries comprennent la nation entière. Aussi est-il synonyme de *lex*, et on l'emploie pour désigner les lois du peuple romain (Tite-Live, XIV, 25. – Tacite, *Ann.*, III, 58. Cf. Cic., *pro Balbo*, 18 « scita ac iussa nostra ») et même celles des peuples étrangers (Cic., *de republica*, I, 27 et *passim*). — La locution *lex centuriata* ne se trouve qu'une fois chez Cic., *in Rullum*, II, 11; *lex curiata*, par contre, est assez usité. Cic., *ibidem*, II, 10. 11. 12 et *passim*.

[3] Tabula Heracleensis, c. 4, lin. 72. — Cf. Tabula Bantina, lin. 7. – Lex (Acilia) repetundarum, c. 25, lin. 74. – Lex (Thoria) agraria, c. 9, lin. 22. – Aulu-Gelle, X, 20. XV, 27.

[4] Cic., *Philipp.*, I, 9. V, 3; *pro Flacco*, 7; *pro domo*, 16. 20. – Aulu-Gelle, XIII, 14. – Macrobe, *Saturn.*, I, 16. II, 13. — Cf. Tite-Live, III, 35. IV, 24. – Denys d'Hal., VII, 58. IX, 41.

[5] Cic., *Brutus*, 25, 45; *in Rullum*, III, 1. 4; *ad Atticum*, I, 14, 5. I, 19, 5. 4. – Tite-Live, II, 54-55. 41. III, 63. VI, 39. 40. X, 6. XXXIV, 1-7. – Denys d'Hal., IX, 41. 44. X, 3. – Aulu-Gelle, X, 20. — Les débats qui avaient lieu dans ces réunions amenaient parfois des modifications au projet originaire. Cic., *ad Atticum*, I, 19. III, 4. « In qua (rogatione) quod correctum esse audieramus, erat eius modi *rel.* »

[6] Appien, *de bellis civil.*, I, 11. 12. – Plutarque, *Cato minor*, 28. – Asconius, *in argum. Cornel.*, p. 57, ed. Orelli.

[7] Cic., *ad Atticum*, I, 14. – Tite-Live, X, 21. XXXI, 7. XXXIV, 1. XXXVIII, 54. XLV, 21, 36-39. – Denys d'Hal., V, 11. IX. 44. X, 3. 36. 39. 40. 41. – Appien, *de bell. civ.*, I, 11. – Macrobe, *Saturn.*, II, 12.

[8] Aulu-Gelle, V, 19. « Velitis iubeatis, Quirites, ... hæc ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo. – Le même, X, 20. Cf. Cic., *pro domo*, 17. 19.

[9] Dans les comices des tribus, l'on votait originairement, au moyen de cailloux de couleur différente. Denys d'Hal., X, 41. Les centuries votaient d'abord de vive voix; mais, en 623, Papirius Carbo appliqua aux votes législatifs le scrutin secret au moyen de tablettes, que la loi *Gabinia* avait créé pour les élections en 615, et que la loi *Cassia* avait, en 617, appliqué aux comices judiciaires. Denys d'Hal., IV, 20, combiné avec Cic., *de legibus*, III, 15. 16; *Brutus*, 29; *de amicitia*, 12. Cf. ci-dessus, p. 166, note 51.

d'elles se trouvait le vote favorable (U. R., *uti rogas*), sur l'autre le vote négatif (A., *antiquo, antiqua probo*)[10]. Si la majorité des centuries ou des tribus avait émis un vote affirmatif, la proposition était proclamée LOI par le magistrat présidant les comices[11].

115. Le peuple, ne pouvant voter que par OUI ou NON, était obligé d'accepter ou de rejeter la proposition. Cela donna lieu à des abus. Souvent ceux qui proposaient une loi y mêlaient des choses hétérogènes, afin de faire passer quelque disposition, défavorable au peuple, avec d'autres dispositions dont le peuple désirait le décrètement. On appelait de pareilles lois *leges saturæ*[12]. Cet usage fut interdit en 656 par une loi *Cæcilia Didia*[13].

Ce que la volonté nationale fait, elle peut le défaire : la loi postérieure déroge aux lois antérieures[14]. Sous ce rapport, les Romains admettaient des nuances qu'ils expriment par les mots *abrogare, derogare, subrogare, obrogare*[15]. On avait toujours soin de déterminer avec la plus grande précision en quoi une loi nouvellement portée devait influer sur la législation suivante[16].

Les lois étaient ordinairement divisées en chapitres et finissaient habituellement par une sanction pénale contre quiconque y contreviendrait[17].

L'acte contraire à la loi était généralement frappé de nullité. La loi qui ne contenait pas semblable disposition s'appelait *imperfecta*. Elle pouvait être *plus quam perfecta* quand elle prononçait la nullité de l'acte et, en outre, une peine; elle était *minus quam perfecta* quand elle prononçait une peine sans annuler l'acte[18].

[10] Cic., *ad Atticum*, I, 14; *de legibus*, III, 17; *de officiis*, II, 17. — Tite-Live, IV, 58. V, 30. VI, 39 et *passim*.

[11] Arg. Cic., *pro Murena*, 1. — Valère-Maxime, III, 8. 3.

[12] *Leges saturæ*, c'est-à-dire *lois pot-pourri*. Festus, v. « *Satura* et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex multis aliis legibus conferta; itaque in sanctione legum adscribitur : « Neve per saturam abrogato aut derogato.... ». — Isidore, *Orig.*, V, 16. — Cf. Tite-Live, VI, 39.

[13] Cic., *Philipp.*, V, 3; *ad Atticum*, II, 9, 1; *pro domo*, 16. 20 *in fine*.

[14] Tite-Live, VII, 17. « In XII tabulis legem esse : UT QUODCUMQUE POSTREMUM POPULUS IUSSISSET, ID IUS RATUMQUE ESSET. » — Le même, IX, 34. — Cic., *ad Herennium*, II, 10; *de invent. rhet.*, I, 13. II, 49; *de republica*, III, 22. — Fr. 4, D., *de constitutionibus principum* 1. 4.

[15] Ulpien, Pr. § 3. « Lex aut *rogatur*, id est fertur; aut *abrogatur*, id est prior lex tollitur; aut *derogatur*, id est pars primæ legis tollitur; aut *subrogatur*, id est adiicitur aliquid primæ legi; aut *obrogatur*, id est mutatur aliquid ex prima lege. » Cf. Fr. 41, D., *de pœnis* 48, 19.

[16] A cet effet, on se servait de certaines formules sacramentelles : E. H. L. N. R. (eius hac lege nihil rogatur). — S. Q. S. S. E. Q. N. I. S. R. E. H. L. N. R. (Si quid sacri sanctique est, quod non ius sit rogari, eius hac lege nihil rogatur.) — De impunitate si quid contra alias leges, eius legis, ergo, factum sit. *Voy.* Tabula Heracleensis, lignes 52. 63. 67. 76. 79. 81. 82. — Lex de Gallia cisalpina, c. 21. — Valerius Probus, *de notis rom. interpret.*, ed. Gothofr., p. 1473.

[17] Lex de imperio Vespasiani, *in fine*. — Cic., *pro Sestio*, 30; *pro Balbo*, 14; *pro domo*, 17; *de legibus*, II, 7; *de officiis*, III, 31. — Cf. Tite-Live, II, 8. 33. VII, 41.

[18] Macrobe, *in somn. Scip.* in f. « Inter leges quoque illa *imperfecta* dicitur in qua nulla deviantibus pœna sancitur. » — Ulpien, Pr. § 1. « ... Prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus

116. On désignait une loi par le *nomen gentile* du magistrat qui l'avait portée : *lex Publilia, Sempronia, Servilia*. Quand il y avait plusieurs lois du même nom, on les distinguait ordinairement en ajoutant le *cognomen* de l'auteur : *lex Servilia Cæpionis, lex Iulia Cæsaris* [19]. Les lois proposées par un consul portaient les noms des deux consuls, le nom de celui qui l'avait proposée précédant celui de son collègue : *lex Valeria Horatia*. Quand les deux noms propres qui se suivent sont réunis par la conjonction ET, il s'agit de deux lois différentes fondues ensemble : *lex Iulia et Papia Poppæa* [20]. — Fréquemment on ajoute l'objet auquel la loi se rapporte : *lex Sempronia iudiciaria, lex Calpurnia repetundarum, lex Iulia de vi privata* [21].

117. Le nombre des lois votées pendant la république est très-considérable; mais il y en a peu qui se rapportent au droit privé. Encore, celles qui s'occupent de réformes à cet égard sont-elles pour la plupart des décrets de la plèbe. Nous les mentionnerons quand nous traiterons des matières qu'elles concernent.

Cicéron se plaint du peu de soin que les Romains mettaient, de son temps, à conserver les lois. Une loi *Iunia et Licinia* de 691 remédia à cet abus, en ordonnant que toute loi votée serait gravée sur des tables d'airain et déposée à l'*ærarium* dans le temple de Saturne [22]. Il ne nous a cependant été conservé que peu de fragments de lois romaines, soit par des inscriptions que nous avons eu soin d'indiquer plus haut [23], soit par des auteurs anciens [24].

donatum sit, non rescindit... » § 2. « *Minus quam perfecta* lex est quæ vetat aliquid fieri, et, si factum fit, non rescindit, sed pœnam ei iniungit qui contra legem fecit : qualis est lex Furia testamentaria, etc. » *Voy.* encore GAIUS, II, 225, et ci-après, t. II, § 253.

19 Quand, exceptionnellement, le *cognomen* est également commun, il faut bien, pour distinguer les lois, avoir recours au *pronomen*. Ainsi, les deux Gracques ayant le même *cognomen* de Gracchus, l'on dira *lex Sempronia Tiberii, lex Sempronia Caii*.

20 *Voy.* ci-après, nº 175.

21 Antoine Agustin, Manutius, Charondas, Bach ont recueilli les lois dont ils avaient connaissance. Leurs ouvrages ont été rendus en grande partie inutiles par un excellent travail que M. BAITER a publié, dans le tome VIII de *Ciceronis opera*, ed. ORELLI, sous le titre : *Index legum romanarum, quarum apud Ciceronem eiusque scholiastas, item apud Livium, Velleium Paterculum, Aulum Gellium nominatim mentio fit*. Il est à regretter que M. Baiter n'ait pas jugé convenable d'étendre son travail à toutes les lois qui sont à notre connaissance. — On trouve des analyses très-bien faites des lois connues, classées d'après l'ordre des matières dans RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, t. I, §§ 10-44, et chez M. ALPH. RIVIER, *Introduction historique au droit romain*, §§ 40-49.

22 CIC., *de legibus*, III, 20. – *Scholia Bob. in Sest.*, 63, p. 310, 8 Orelli.

23 *Voy.* ci-dessus, p. 6, nºs 1-7.

24 Le texte de la seule loi qui nous ait été conservée en entier (sauf quelques lettres illisibles), se trouve chez FRONTIN, *de aquis*, c. 126. C'est une loi *Quinctia de aquæductibus*, qui au reste appartient déjà à l'époque suivante : elle est de 745.

DÉCRETS DU SÉNAT, *SENATUSCONSULTA*.

118. Les historiens modernes ne s'accordent guère sur la force obligatoire que les décrets du sénat auraient eue du temps de la république. Beaucoup d'entre eux ne leur reconnaissent point force de loi, en se fondant particulièrement sur Tacite, qui dit, dans ses *Annales,* que ce ne fut que sous Tibère que les comices furent transférés au sénat. Mais il est évident que, dans ce passage, il s'agit d'élections et non point de l'exercice du pouvoir législatif[1]. Il résulte des témoignages les plus précis des auteurs les plus compétents que, déjà du temps de la république, les décrets du sénat, légalement rendus, avaient force obligatoire et formaient une source de droit assez importante[2]. Cela était, au reste, dans la nature des choses. Il est, en effet, évident que les décrets rendus par le sénat dans le cercle de ses attributions ont dû, de tout temps, être obligatoires, aussi bien que les ordonnances et arrêtés des autorités exécutives et administratives dans nos constitutions modernes. Mais comme les attributions de ce corps (les affaires religieuses, les relations extérieures et l'administration des finances) ne touchaient guère, dans les premiers temps, au droit privé et que les grandes questions politiques étaient du domaine des comices, il est tout aussi naturel que ces décrets n'aient eu pendant longtemps qu'une importance secondaire[3]. Cet état de choses subit de grandes modifications vers le milieu de notre époque. D'une part, les luttes politiques avaient, déjà vers la fin du cinquième siècle, amené une situation dans laquelle l'autorité et les pouvoirs du sénat se trouvèrent augmentés, presque autant que la puissance des chefs

[1] Tacite, *Ann.*, I, 15. « Tum primum *e campo* comitia ad *patres* translata sunt ». Cf. ci-après, nº 149. D'après Montesquieu les sénatus consultes n'auraient été obligatoires que pour un an. Cette erreur provient sans doute d'un passage de Denys d'Hal., IX, 37. 45. où les consuls refusent d'exécuter un sénatus-consulte qui ordonne une distribution de terres, et fondent, en effet, ce refus sur ce que « le décret, ayant été rendu sous le consulat précédent, n'est plus obligatoire pour l'année actuelle. » Mais tout prouve que ce raisonnement n'est qu'un sophisme des consuls, qui cherchaient un prétexte pour se soustraire à l'exécution d'un décret favorable à la plèbe.

[2] Tabula Heracleensis, lin. 52 « ita uti legibus *plebisve scitis senatusve consultis* oportet oportebit. » Cf. lin. 72. 103 (29). 159 (58). — Cic., *Topica*, 5. « ... Ius civile... id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, iurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistat. « — Denys d'Hal., VII, 18. Ταῦτα δὲ ὁρῶσι τοῖς ὑπάτοις ἐδόκει τῆς βουλῆς ἐπιτρεπούσης στρατοπέδου ποιεῖσθαι καταγραφὴν ... ἀλλ' οὐκ ἦν τὸ πλῆθος ὑπήκοον αὐτοῖς.... ἀνάγκην δὲ προσφέρειν τοῖς μὴ βουλομένοις οὐκ ἐδικαίουν τὴν ἐκ τῶν νόμων οἱ ὕπατοι. — Horace, *Épîtres*, I, 16, 41. « Qui consulta patrum, qui leges iuraque servat. » — Ulpien, Fr. 9, D., *de legibus senatusvec.*, 1, 3. « Non ambigitur senatum ius facere posse. » — § 3, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2. « Leges, plebiscita, senatus consulta, principum placita. » — Gaius, I, 4. « Senatusconsultum est, quod senatus iubet atque constituit. Idque legis vicem obtinet quamvis fuit quæsitum. » — Le même, IV, 110. « .... Actiones quæ ex lege senatus consultisve proficiscuntur. »

[3] *Voy.* ci-dessus, nos 49-51.

de la plèbe [4]; d'autre part, diverses matières de compétence sénatoriale, telles que le règlement du mode d'occupation des terres publiques et du fermage des rentes et impôts [5], la protection et la juridiction que le sénat exerçait à l'égard des alliés et des étrangers [6], et la haute direction qu'il avait sur l'administration des provinces [7], assurèrent à ses décrets une très-grande influence sur les intérêts matériels, même des particuliers. Il n'est dès lors pas étonnant que Cicéron, en énumérant les sources du droit civil, place les sénatus-consultes à côté des lois, des édits des magistrats, des coutumes, de l'autorité des jurisconsultes et de la jurisprudence des tribunaux [8]. Mais on aurait tort de conclure de cette appréciation et de quelques autres passages analogues que, déjà sous la république, les sénatus-consultes aient été de droit et de fait entièrement assimilés aux décrets des comices, qui démeurent toujours l'unique expression de la souveraine volonté nationale. C'est notamment une grave erreur que d'attribuer au sénat le droit d'abolir des lois régulièrement votées par le peuple ou par la plèbe [9].

[4] *Voy.* ci-dessus, n°s 47 et 49. Aussi, d'après deux témoignages, un peu récents à la vérité, ce serait à partir de la loi *Hortensia* (la même qui assimila les plébiscites aux lois des centuries) que les sénatus-consultes auraient obtenu une autorité égale à celle des lois. Pomponius, Fr. 2, § 9, *de origine iuris* 1, 2. « Deinde (lege Hortensia lata)... cœpit senatus se interponere et quidquid constituisset, observabatur : idque ius appellabatur senatus-consultum. » Théophile, *ad Institutiones,* 1, 2, 5.

[5] *Voy.* ci-dessus, n° 79.

[6] C'est en s'emparant de ce prétexte que le sénat, aidé de Scipion l'Africain, parvint à paralyser la loi agraire de Ti. Gracchus. *Voy.* ci-dessus, p. 152, note 26. — Cf. Tite-Live, XXVI, 34. XXXIX, 3. XLI, 9.

[7] *Voy.* ci-dessus, n°s 49. 107.

[8] L'auteur ajoute encore *l'équité.* Cic., *Topica,* 5. « .... Ius civile... id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, iurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistit. »

[9] Cela est dit, à la vérité, par Asconius *in Cornelianam.* p. 67, Orelli. « Quatuor omnino genera sunt in quibus per senatum more maiorum statuatur aliquid de legibus. Unum est eiusmodi, placere legem abrogari ; alterum quæ lex lata esse dicatur, ea non videri populum teneri ; tertium est de legum derogationibus.... » Mais cette proposition va évidemment trop loin, et c'est à tort que l'on invoque à l'appui Cic., *de legibus,* II, 6. « Igitur tu Titias et Apuleias leges nullas putas? — Ego vero ne Titias quidem. — Et recte, quæ præsertim uno versiculo senatus... sublatæ sint, » et quelques autres textes dans lesquels il est également question de *leges senatusconsulto sublatæ.* En effet, dans les hypothèses auxquelles ces textes se rapportent, il n'y a point de *loi abrogée;* le sénat s'y borne à dénier la force obligatoire d'une résolution votée dans les comices, par la raison, vraie ou fausse, qu'elle aurait été prise inconstitutionnellement, en d'autres termes, qu'elle n'aurait pas le caractère de *loi.* Cic., *pro Cornelio,* p. 449, Orelli. « Quæ lex *contra auspicia* lata esse dicatur, ea *non videri populum teneri,* ut L. Marcio S.-Iulio Coss. de legibus Liviis » et Asconius, *ad h. l.* « Philippus.... obtinuit a senatu ut leges eius omnes uno SC. tollerentur : decretum est enim *contra auspicia esse latas neque iis teneri populum.* » — Cic., *de legibus,* II, 12 *in fine ; Philipp.,* XI, 6. « Lege ea, quam senatus *per vim latam* iudicavit ; » XII, 5. « Leges statuimus per vim et contra auspicia latas iisque nec populum nec plebem teneri » ; XIII, 3 ; *pro domo,* 15. — Appien, *de bellis civ.,* 1, 30. — Aurelius Victor, *de viris illustr.,* 62. — Aussi Cicéron reconnaît-il ce même droit, de contester la force obligatoire d'une loi ou d'un décret quelconque,

119. Un certain nombre de sénatus-consultes nous a été conservé, tant par des inscriptions que par divers auteurs de l'antiquité [10]. Il n'est pas certain que, déjà sous la république, le sénat se soit occupé de matières appartenant au droit privé [11].

EN DEHORS DE LA LÉGISLATION.

LES ÉDITS DES MAGISTRATS, *EDICTA MAGISTRATUUM, JUS HONORARIUM*

Observations générales.

120. Avant de démontrer l'influence que les édits des magistrats, particulièrement ceux des préteurs, ont exercée sur le développement du droit romain, il importe de dire quelques mots sur la nature des édits.

On entend, en général, par ÉDIT toute ordonnance publiée par un magistrat [1].

En entrant en fonctions, les magistrats avaient l'habitude de formuler et d'exposer publiquement les principes d'après lesquels ils apprécieraient et décideraient les différents cas qui pourraient leur être soumis dans leur administration, et particulièrement les cas que la loi n'avait pas spécialement prévus [2]. Ces édits s'appelaient *edicta perpetua* (ceux des préteurs aussi *iurisdictionis perpetuæ causa proposita*), en opposition à ceux que les magistrats donnaient pour un cas particulier, *prout res incidit* [3].

Ainsi, nous trouvons les édits des consuls, des censeurs, des tribuns,

non-seulement au sénat, mais aussi aux magistrats, aux augures, voire même aux simples citoyens. Mais il va sans dire que celui qui exerce ce droit le fait à ses risques et périls. CIC., *Philipp.*, V, 4; *de legibus*, II, 12 *in fine*.

[10] *A*) *Voy.* entre autres les inscriptions mentionnées ci-dessus, p. 8. 9.—*B*) CIC., *ad famil.*, VIII, 8. — AULU-GELLE, VI, 6. XV, 11. — SUÉTONE, *de claris rhetoribus*, 1. — JOSEPHUS, *Antiq. Iud.*, XII, 10, 6. XIII, 9, 2. XIV, 8, 5. — FRONTIN, *de aquis*, c. 100. 104. 106. 108. 125. 127. Les sénatus-consultes de Frontin appartiennent au commencement de l'empire.

[11] La chose est pourtant probable en présence des témoignages suivants : CIC., *ad Atticum*, V, 21, 11. — TITE-LIVE, XXXIX, 19. XLI, 9. — Fr. 1. 3. 5, § 1, D., *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur* 7, 5. — Fr. 25, pr. D., *de liberali causa* 40, 12. — Fr. 1, § 1. Fr. 3, D., *quibus ad libertatem proclamare non licet* 40, 13.

[1] E-DICERE, dire dehors, publier. CIC., *in Pisonem*, 8. — TITE-LIVE, XXVIII, 25. — AULU-GELLE, XIII, 15. — VALERIUS PROBUS, *de notis rom. interpretatione :* « V. D. P. R. L. P. Unde de plano recte legi possit. »

[2] POMPONIUS, Fr. 2, § 10, D., *de origine iuris* 1, 2. « Magistratus iura reddebant; et ut scirent cives, quod ius de qua re quisque dicturus esset, seque præmunirent, edicta proponebant; quæ edicta prætorum ius honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore prætoris venerat. » — Cf. CIC., *de finibus*, II, 22. « Est enim tibi iam, cum magistratum inieris et in contionem adscenderis, edicendum quæ sis observaturus in iure dicendo. »

[3] Fr. 7, pr. D., *de iurisdict.*, 2, 1. « ... Id, quod iurisdictionis perpetuæ causa, non prout res

des édiles [4]; mais les plus importants pour nous sont naturellement ceux des magistrats chargés de l'administration de la justice, les édits des préteurs. La loi *Cornelia* (687) ordonna aux préteurs de suivre religieusement leurs *edicta perpetua* [5]. Ce caractère obligatoire n'était attribué à l'édit que pour l'année de la magistrature du préteur qui l'avait porté [6]. Son successeur publiait un nouvel édit, dans lequel il conservait ordinairement une partie de l'édit précédent. Ce qui passait ainsi successivement dans plusieurs édits, *translatitium*, avait naturellement par l'usage une plus grande autorité, et devait acquérir à la longue le caractère de droit coutumier [7]. Si l'on ajoute à cette considération le fait que nous avons déjà signalé ci-dessus, savoir que les comices ne s'occupaient guère du droit privé, l'on ne peut trouver étonnant que, par rapport à ce droit, l'édit du préteur ait eu, dans les derniers temps de la république, une importance pratique plus grande que la loi des Douze Tables et les lois qui avaient suivi cette source fondamentale du *jus civile* [8].

121. Les anciens appellent l'édit la vive voix du droit des Quirites, et un jurisconsulte célèbre dit que le droit prétorien fut introduit dans l'intérêt de tous les citoyens, pour aider, suppléer et même corriger le droit légal [9]. Nous trouvons, en effet, le plus souvent que le préteur accorde

incidit... propositum erit. » — Les auteurs modernes appellent aussi ces ordonnances *edicta repentina*. L'expression *edictum repentinum* se rencontre, à la vérité, chez CICÉRON, *in Verrem*, II, 3, 14; mais rien n'indique que ç'ait été un terme technique, et le mot a d'ailleurs dans ce passage un sens tout autre que celui qu'on voudrait lui donner.

[4] *A*) TITE-LIVE, XXIII, 32. XXIV, 11. XXXIX, 17. — DION CASSIUS, LV, 6. — AULU-GELLE, XIII, 15. « In edicto consulum, quo edicunt, qui dies comitiis centuriatis futurus sit... » — *B*) CORN. NEPOS, *Caton*, 2. « Cato censor factus... multas res novas addidit in edictum, quare luxuria reprimeretur. » — TITE-LIVE, XXXIX, 44. — PLINE, *H. N.*, VII, 77. 78. 82. XIII, 3. XIV, 16. XXVI, 2. — AULU-GELLE, XV, 11. — *C*) CIC., *in Verrem*, II, 2, 41. « ... Cum eorum (tribunorum) edicto non liceret quemquam Romæ esse, qui rei capitalis condemnatus esset, etc. » — TITE-LIVE, IV, 60. — *D*) Tit. D., *de Ædilitio edicto* 21, 1. — § 1, I., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 4, 9.

[5] Le motif de cette loi, qui était d'assurer l'impartialité du préteur, est suffisamment indiqué dans le passage suivant d'ASCONIUS, *in argum. Cornel.* « Lex Cornelia sanxit : ut prætores ex edictis suis perpetuis ius dicerent, quæ res tum gratiam ambitiosis prætoribus, qui varie ius dicere assueverant, sustulit. » — *Voy.* encore DION CASSIUS, XXXVI, 38.

[6] De là « edictum annuum, lex annua, » ce qui est synonyme du terme « edictum perpetuum. » CIC., *in Verrem*, II, 1, 42.

[7] TRANSLATITIUM, TRALATITIUM EDICTUM, c'est-à-dire *pars translatitia edicti*. CIC., *in Verrem*, II, 1, 44. 45; *ad famil.*, VII, 8, 4; *ad Atticum*, V, 21, 11. — AULU-GELLE, III, 18, 7. — SUÉTONE, *Octave*, 10. — CIC., *de invent.*, II, 22. « Consuetudinis autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit... Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere consueverunt. »

[8] CICÉRON, *de legibus*, I, 5. « Non ergo a prætoris edicto ut plerique NUNC, neque a duodecim Tabulis, ut SUPERIORES, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas? » — *Ibidem*, II, 23. « Discebamus enim pueri DUODECIM, ut carmen necessarium : QUAS IAM NEMO DISCIT. »

[9] CIC., *de invent. rhetor.*, II, 22; *in Verrem*, II, 1, 44. « Posteaquam ius prætorium consti-

protection à des droits reconnus, mais non pas garantis par la loi, *adiuvandi gratia;* souvent aussi il applique des dispositions déjà existantes à des cas non prévus, et comble ainsi les lacunes de la législation, *supplendi gratia;* parfois même il agit contre les prescriptions de la loi, *corrigendi juris civilis gratia.*

122. Mais comment un juge chargé d'appliquer la loi a-t-il pu se permettre de la modifier et même de la violer? Et comment les ordonnances d'un magistrat qui n'avait point de pouvoir législatif ont-elles pu avoir une autorité égale à celle de la loi? — Ces questions ont beaucoup embarrassé les érudits modernes, et cependant nous voyons tous les jours des faits analogues se produire sous nos yeux sans que personne s'en étonne. En effet, ne trouve-t-on pas tout naturel que la jurisprudence du tribunal suprême « étende les principes de la loi, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées? qu'elle s'empare des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, qu'elle les protége et qu'elle les fasse prédominer par des essais continus [10]? » Les mêmes causes qui ont fait attribuer cet immense pouvoir à la cour de cassation se retrouvent dans l'institution des préteurs, mais plus générales et plus puissantes. Aussi permettent-elles au préteur d'aller plus loin.

Ce n'est que chez lui que les citoyens pouvaient réclamer justice ; lui seul décidait les grandes questions de droit. Ses décisions, il est vrai, n'étant que des actes isolés, ne formaient pas de règles générales. Mais les principes énoncés dans l'édit annuel étaient appliqués pendant toute la durée de la magistrature, et passaient en grande partie comme *ius translatitium* aux magistratures suivantes [11]. D'ailleurs, l'uniformité des décisions forçait les citoyens à regarder comme obligatoires les principes qui les avaient dictées. — Et qu'on ne perde pas de vue que les magistrats romains jouissaient d'un pouvoir arbitraire dont l'exercice n'était restreint que par la responsabilité que leurs actes pouvaient leur faire encourir. Or, il est évident que cette responsabilité n'était guère à craindre quand le préteur se laissait guider par l'équité et par l'opinion publique, qui seule pouvait être appelée à juger ses actes [12]. C'est ainsi qu'il lui était

tutum est, semper hoc iure usi sumus. » — MARCIANUS, Fr. 8, D., *de iustitia et iure* 1, 1. « Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis. » — PAPINIANUS, Fr. 7, D., *eodem.* « Ius prætorium... prætores introduxerunt *adiuvandi,* vel *supplendi,* vel *corrigendi iuris civilis* gratia, propter utilitatem publicam. » — Pr. I., *de bonorum possessionibus* 3, 9. « Ius bonorum possessionis introductum est a prætore, emendandi veteris iuris gratia. »

[10] PORTALIS, Discours préliminaire du projet du code civil.

[11] *Voy.* ci-dessus, p. 220, note 7.

[12] S'il agissait autrement, il s'exposait d'abord à subir lui-même l'application de ces règlements iniques (CIC., *ad Quintum fratrem,* I, 1, 20. — Tit. D., *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur* 2, 2), ensuite à être poursuivi, le cas échéant. C'est ainsi qu'un des chefs d'accusation contre Verrès était d'avoir fait entrer dans son édit des dispositions qui avaient pour

possible de lutter contre la lettre et même contre l'esprit de la loi, d'autant plus que la législation, ne s'occupant guère du droit privé, finit bientôt par n'être plus en harmonie avec les mœurs de la nation. Cet état de choses fit naturellement sentir le besoin d'introduire des réformes dans la législation, surtout à l'époque où les rapports plus fréquents et plus intimes avec les nations étrangères montrèrent aux Romains l'insuffisance de leur droit sévère et exclusif, et firent naître chez eux des idées plus larges. Ce fut donc pour le préteur à la fois un devoir et un moyen de gagner la faveur du peuple, que d'adoucir la rigueur du droit civil, en le modifiant par des règles qu'il trouvait fondées en équité ou établies et reçues chez les autres nations, *ius gentium*. Il est probable que les premiers pas dans cette voie furent faits par le préteur des étrangers, que la nature de ses fonctions forçait à tenir compte du *ius gentium;* mais le préteur urbain ne laissa pas que d'obéir à la même impulsion, en introduisant dans son édit les institutions et principes dont l'expérience, faite par son collègue, avait prouvé l'utilité [13].

123. Pour comprendre les mesures que le préteur prend pour développer et réformer le droit légal, il faut se rappeler que c'est à lui, magistrat investi d'un pouvoir illimité, que la nation confie l'administration de la justice civile avec toutes les attributions comprises dans cette administration [14].

D'après la procédure suivie sous la république, c'est au préteur d'examiner la question de droit qui se présente dans tout procès. C'est après cet examen qu'il décidera s'il y a lieu d'accorder au demandeur l'action qu'il réclame, afin de faire prononcer le jugement par le *iudex* choisi à cet effet. Or, s'il résultait de cet examen que les prétentions du demandeur étaient fondées sur la loi, mais que, dans l'espèce, il pouvait y avoir des circonstances particulières militant en faveur du défendeur, le préteur

but de dépouiller ses administrés et de favoriser des intrigants. Cic., *in Verrem*, II, 1, 40-46. 60. Mais ce sont des exceptions. En général, les préteurs suivirent une marche sage : les changements qu'ils introduisirent étaient presque toujours des réformes salutaires répondant à des besoins sociaux et accueillis par l'assentiment général, *voluntate omnium sine lege comprobatum. Voy.* ci-dessus, p. 220, note 7.

[13] Cette marche est trop naturelle pour que nous n'ayons pas le droit de l'affirmer, quand même nous n'aurions à invoquer aucune preuve. Mais nous trouvons un témoignage précieux dans la LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 20, qui autorise les magistrats municipaux à accorder une *utilis actio damni infecti*, à l'effet d'obtenir la somme qui serait due, si le défendeur s'était engagé *ea stipulatione quam is, qui Romæ inter peregrinos ius dicit, in albo propositam habet.* Cf. ci-après, t. II, § 285.

[14] Nous commençons notre exposé par l'institution des *exceptiones*. Il est probable que d'autres institutions prétoriennes, particulièrement les *interdicta*, sont d'une origine plus ancienne; mais comme les renseignements historiques que nous possédons sont trop peu précis pour qu'il soit possible de suivre rigoureusement l'ordre chronologique dans tout le développement progressif du droit prétorien, nous avons préféré adopter une marche méthodique, qui a au moins le mérite d'établir une certaine gradation logique.

devait chercher à faire fléchir la rigueur du droit. Supposons qu'un citoyen ait pris dans la forme légale, qui porte le nom de *stipulatio*, l'engagement de payer une somme d'argent, mais que cet engagement ait été extorqué par violence ou surpris par des manœuvres frauduleuses pratiquées par le demandeur. Dans pareille hypothèse, le défendeur était certes tenu en vertu de la disposition légale qui veut que toute stipulation entraîne une obligation : par conséquent, le magistrat ne peut refuser l'action que le demandeur sollicite. Mais tout en donnant la formule qui autorise le juge à prononcer la condamnation sollicitée, le préteur y insérera une clause par laquelle il lui ordonne de ne pas condamner au cas que les faits de violence ou de fraude allégués par le défendeur soient trouvés vrais. C'est au moyen de pareilles clauses, appelées *exceptiones* (parce qu'elles autorisent le juge à faire une exception à l'ordre qui lui enjoint de condamner), que le préteur défend la bonne foi contre les iniquités qui résulteraient d'une application servile et inintelligente de la loi [15].

124. La nécessité d'accorder protection en dehors des règles tracées par le *jus civile* dut se produire encore dans d'autres hypothèses qui, tout en appartenant à un autre ordre d'idées, ne laissent cependant pas que de présenter quelque analogie avec les cas dont nous venons de parler. Il est en effet, certaines manifestations de la volonté individuelle qui, sans avoir le caractère précis d'un droit, méritent cependant d'être protégées contre des empêchements ou attaques violentes et arbitraires. Ainsi, personne ne peut prétendre avoir un droit précis et déterminé à l'égard des choses que les Romains appellent *res publicæ :* cependant ces choses sont destinées à l'usage de tous les citoyens, et c'est même de là qu'elles tirent le nom par lequel on les désigne [16]. Qu'arrivera-t-il si quelqu'un nous empêche d'user de ces choses ou nous trouble dans l'usage que nous en faisons? Comme la loi ne détermine pas la marche à suivre dans cette contestation qui, au reste, sort des limites du droit

[15] Gaius, IV, 116. « Comparatæ sunt autem exceptiones defendendorum reorum gratia cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari : velut (si) stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim. Nam eam pecuniam a te peti posse, certum est : dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere... » — Pr. I., *de exceptionibus*, 4, 13. « ... Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, *iusta* sit, tamen *iniqua* sit adversus eum, cum quo agitur. § 1. Verbi gratia si *metu coactus*, aut *dolo inductus*, aut *errore lapsus* stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, iure civili te obligatum esse (parce que la loi dit que *toute* stipulation, c'est-à-dire promesse formelle, entraîne une obligation), et actio qua intenditur, dare te oportere, efficax est : sed iniquum est, te condemnari; ideoque datur tibi exceptio *metus causa*, aut *doli mali*, aut *in factum* composita, ad impugnandam actionem. » — *Voy.* encore §§ 2-5, I., *eodem*, et ci-après, § 62.

[16] *Voy.* ci-après, § 25, n° 2 et t. II, § 284, notes 7 et 8.

privé, le préteur ne trouve point d'*action* à donner; mais, en vertu de son *imperium*, il peut, au moyen d'une ordonnance particulière, interdire les faits de trouble dont nous nous plaignons [17]. L'application la plus intéressante de ces *interdicta* se rapporte à la possession des terres du domaine public dont la jouissance était abandonnée aux citoyens. L'occupant d'une parcelle de l'*ager publicus* n'avait point la propriété de sa *possessio* et ne pouvait, par conséquent, invoquer la protection que la loi accorde au *dominium ex jure Quiritium;* mais le préteur avait évidemment le devoir de le protéger contre le trouble que des tiers, sans en avoir le droit, apporteraient à sa jouissance, et il le faisait au moyen d'une ordonnance par laquelle il interdisait toutes attaques et entreprises ultérieures : VIM FIERI VETO. Cette ordonnance mettait fin au trouble; toutefois, si la partie adverse se croyait lésée par l'interdit, elle pouvait s'y opposer, et dès lors, il fallait bien soumettre la contestation à un *iudex*, comme dans un procès ordinaire. — Dans l'origine, le préteur se bornait certes à *défendre* ainsi et à maintenir le *statu quo;* cependant il se vit bientôt obligé à donner aussi des armes agressives. En effet, lorsque, au lieu d'être simplement troublé, le possesseur avait été expulsé de sa terre, une simple défense ne pouvait lui servir; il fallait un décret ordonnant la restitution de la possession. Ainsi le préteur se trouva amené à créer des moyens agressifs qui, sans être de véritables *actiones*, pouvaient cependant conduire à un *iudicium* tout comme les actions du *ius civile* [18].

125. Si, dans les cas dont nous venons de parler, le préteur, pour arriver à la constitution d'un *iudicium*, était obligé d'employer le détour d'une ordonnance préalable, rendue en vertu de son *imperium*, il pouvait agir plus directement dans les hypothèses qui tenaient du droit privé et appartenaient dès lors à sa *iurisdictio*. Dans cet ordre d'idées se présentèrent aussi bientôt des rapports qui, bien que non prévus par la loi, offraient cependant avec les institutions légales une analogie trop grande pour n'être pas protégés. Un exemple servira à rendre plus clair ce que nous venons de dire. La propriété jouissait à Rome d'une protection absolue : le propriétaire qui avait perdu la possession de sa chose avait le droit de la reprendre, dans quelques mains qu'elle se trouvât, au moyen d'une action, appelée *rei vindicatio*, qui lui compétait envers et contre tous [19]. Mais pour être admis à user de ce moyen, il fallait qu'il eût acquis la chose d'une manière conforme au *jus civile* des Romains [20], de manière à la pouvoir dire sienne *ex jure Quiritium*. Or, d'après le *jus civile*, la pro-

[17] *Voy.* ci-après, § 53, IV et t. II, § 284.

[18] *Voy.*, sur ces interdits, ci-après, § 71 et §§ 88-90.

[19] *Voy.* ci-après, § 91 et §§ 117-120.

[20] Le caractère sacré et absolu de la propriété civile dérive en effet de la garantie que la nation assure au citoyen qui a acquis une chose d'après le droit des *Quirites*, c'est-à-dire sous l'autorité

priété des choses qui, dans les premiers temps, avaient principalement constitué la propriété du citoyen romain et que l'on appelait, par ce motif, *res mancipi*, ne se transmettait que par des modes de transfert solennels, connus sous les noms de *mancipatio* et *in iure cessio*. Ces modes, tout rationnels dans le principe, finirent par devenir difficiles et onéreux à une époque plus avancée. Il vint donc un temps où l'on se dispensa, au moins pour les choses de moindre importance, de ces formes solennelles et qu'on se borna à remettre simplement la chose vendue, par exemple, un esclave ou une bête de somme, à celui qui l'avait achetée, ou, pour nous servir de termes techniques, à lui en faire tradition, au lieu de procéder aux formalités de la *mancipatio* ou de la *in iure cessio*. De cette façon, l'acheteur avait bien la chose en son pouvoir, *in bonis*, mais il ne pouvait s'en dire *dominus ex iure Quiritium*. Il est vrai qu'en possédant la chose pendant un an au su et au vu de tous les citoyens, il suppléait au défaut originaire de son acquisition, et donnait à son pouvoir le caractère de la propriété civile ; mais, en attendant que cette transformation se fût accomplie, ce qu'on exprimait par les termes *usu capere* et *usucapio* [21], il ne pouvait naturellement se servir de la *rei vindicatio*, qui suppose, dans le chef du demandeur, l'existence de la propriété romaine. Cependant, il est évident que, même avant l'accomplissement de l'usucapion, personne au monde n'a de meilleur droit sur la chose que lui ; il est, de plus, certain que, légalement parlant, l'accomplissement de l'usucapion n'est qu'une simple question de temps, c'est-à-dire que, dans un temps donné, à moins d'être illégalement dépouillé de sa chose, le possesseur en aura infailliblement le *dominium ex iure Quiritium*. En présence de cette situation, le préteur Publicius, jugeant que ce qui est légalement inévitable peut sans danger, dans le domaine légal, être considéré comme existant, n'hésita pas à accorder une protection que l'équité et la sûreté des transactions sociales exigeaient. A cet effet il créa une formule d'action par laquelle il ordonnait au juge de traiter le *possessor* qui est en train d'usucaper et qui ne peut légalement manquer d'accomplir l'usucapion, comme s'il l'avait déjà réellement accomplie, c'est-à-dire comme si la chose possédée était devenue sienne *ex iure Quiritium* [22]. La formule créée à cet

des cinq témoins représentant le *populus* dans la *mancipatio*, ou du magistrat agissant dans la *in iure cessio*. Mais, comme le droit se forme aussi bien *tacito consensu omnium* que par la déclaration expresse des comices, de même le *tacitus consensus* que le Quirites manifestent, en assistant pendant un temps suffisant au pouvoir que nous exerçons publiquement sur la chose, équivaut à l'assurance expresse, formulée dans les deux modes prédits. C'est ce que les Romains expriment par la locution USUS ET AUCTORITAS, qui veut dire que le temps ajoute à la possession, *usus*, la garantie, *auctoritas*, sans laquelle notre pouvoir manquerait de l'essence du *dominium ex iure Quiritium*. USUS AUCTORITAS est, en effet, l'ancien terme pour désigner le mode d'acquisition qui s'appelle plus tard USUCAPIO. *Voy.* la note suivante.

[21] USU CAPERE, acquérir par la possession, *usus*. *Voy.* ci-après, § 110.

[22] GAIUS, IV, 36. « ... Datur autem hæc actio (Publiciana) ei qui ex iusta causa traditam sibi

effet porte le nom de *Publiciana* IN REM *actio*, qui indique que la protection qu'elle offre est analogue à la garantie absolue qui caractérise la *rei vindicatio* accordée au *dominus ex iure Quiritium* [23]. Le terme général, usité pour désigner les actions créées ainsi, par analogie à d'autres actions existant pour des rapports juridiques similaires, est *actio fictitia*, nom tiré de la fiction que le préteur emploie, afin d'autoriser le juge à étendre au cas actuel la garantie créée pour d'autres hypothèses. On dit aussi *utilis actio,* probablement de UT, UTI, particule qui indique la nature analogique de la formule [24].

126. A une époque plus avancée et alors que l'action réformatrice des magistrats pouvait se manifester sans réserve, le préteur alla jusqu'à créer des actions, même pour des rapports qui ne présentaient aucune analogie avec des formules déjà existantes, mais où l'équité réclamait trop impérieusement son intervention protectrice. Ainsi, pour reprendre l'hypothèse dont nous avons parlé en traitant des exceptions [25], si la fraude pratiquée à notre préjudice avait eu pour effet non-seulement de nous faire consentir une convention, mais de nous la faire exécuter, en livrant, par exemple, à la partie adverse la chose ou la valeur qu'elle convoitait, une exception ne pouvait nous servir à réparer la lésion éprouvée, puisque l'exception n'est que la défense à l'action et que l'auteur de la fraude, ayant obtenu ce qu'il désirait, n'avait plus besoin d'intenter une action. Il n'y avait dès lors d'autre moyen de nous faire recouvrer ce dont nous avions été frustré, que de nous donner une action, *actio doli* [26]. Dans cette action, comme dans toutes celles qui furent créées pour des causes analogues, la condamnation dépendait, non pas de l'application d'une disposi-

rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit; nam, quia non potest eam *ex iure Quiritium* suam esse intendere, *fingitur* rem usucepisse, et ita *quasi* ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo : IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET, et reliqua. » Gaius parle ici de la propriété d'un esclave qui, en sa qualité de chose mobilière, peut être usucapé que par la possession d'un an. Les immeubles ne pouvaient être usucapés que par une possession de deux ans. *Voy.* au reste, pour les détails, ci-après, §§ 110. 122.

[23] C'est, en effet, la locution IN REM que les Romains emploient pour indiquer qu'un rapport juridique a le caractère absolu qui distingue la *rei vindicatio,* en ce sens que, par cela seul que nous sommes propriétaire d'une chose, nous pouvons intenter cette action contre quiconque lèse notre droit, en retenant cette chose, sans que nous ayons à nous occuper de la manière dont le défendeur en a acquis la possession, et alors même que cette possession aurait l'origine la plus irréprochable.

[24] *Voy.* sur les *fictions,* ce que nous dirons ci-après, n°s 128. 130, et sur les *actiones fictitiæ* et *utiles,* ci-après, § 138.

[25] *Voy.* ci-dessus, n° 125.

[26] Fr. 1. D., *de dolo malo* 4, 3. « Hoc edicto Prætor adversus varios et dolosos qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subvenit : ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa. Verba autem edicti talia sunt : QUÆ DOLO MALO FACTA ESSE DICUNTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT ET IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, IUDICIUM DABO. » — *Voy.* ci-après, t. II, §§ 202 et 286 *in fine*.

tion légale, mais uniquement de la réalité des faits qui lui servaient de base [27]. C'est pourquoi on donnait le nom de *in factum actiones* à ces créations [28], au moyen desquelles le préteur combla les nombreuses lacunes que l'expérience ne tarda pas à faire découvrir dans le système du droit des Quirites [29].

Quelquefois même, quand il ne trouvait point d'autre moyen de réparer ou de prévenir une lésion, le préteur, usant de son *imperium*, anéantissait les actes qui avaient produit cette lésion ou la faisaient craindre, quoique ces actes fussent valides d'après le droit civil. Il remettait les choses dans l'état où elles s'étaient trouvées avant l'acte, *in integrum restituere*. Mais ce moyen extrême n'était employé qu'avec la plus grande précaution, et on ne tarda pas à le faire soumettre à des règles fixes que nous exposerons quand nous traiterons de la restitution en entier [30].

127. En vertu de son pouvoir de magistrat, le préteur pouvait prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de ses ordonnances : c'était pour lui un moyen efficace d'aider l'action du *jus civile* et d'en combler les lacunes. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, quand la maison de mon voisin menace de s'écrouler et de me causer par là un dommage quelconque, je puis m'adresser au préteur, lequel enjoindra au voisin de réparer la maison ou de garantir la réparation du préjudice à venir, *cautio damni infecti*, c'est-à-dire *nondum facti*. Si le voisin n'obtempère point à cette injonction, le préteur use d'un moyen de contrainte indirect, en m'autorisant par un décret à m'établir dans la maison, *missio in possessionem;* et si la résistance continue, un second décret dépouillera le récalcitrant entièrement de sa possession, pour me l'attribuer d'une manière définitive, *missio ex secundo decreto* [31]. — L'on comprend aisément l'efficacité de ces *cautiones* et *missiones in possessionem*, dont nous aurons à exposer plus tard l'emploi et les effets variés [32]. Ici nous nous bornons à dire que l'envoi en possession pouvait avoir pour objet non-

[27] Voici, en effet, la forme sous laquelle se serait présentée l'*actio de dolo* au cas que, par suite des manœuvres frauduleuses du défendeur Numerius Negidius, le demandeur Aulus Agerius aurait, non-seulement pris l'engagement de donner le fonds Cornélien, mais réalisé cet engagement, en transférant le fonds au moyen de la *mancipatio :* OCTAVIUS IUDEX ESTO. SI PARET, DOLO MALO N[i] NEGIDII FACTUM ESSE, UT A[s] AGERIUS FUNDUM CORNELIANUM N[o] N[o] MANCIPIO DARET, NISI ARBITRATU TUO N[s] N[s] A[o] A[o] REM RESTITUET, QUANTI EA RES ERIT N[m] N[m] A[o] A[o] CONDEMNA ; SI NON PARET, ABSOLVE.

[28] *Voy.* ci-après, § 52, et t. II, § 194.

[29] C'est grâce à ce travail incessant des magistrats que, à toutes les époques de l'histoire, le citoyen romain pouvait dire avec CICÉRON, *pro Roscio comœdo*, 8. « Sunt iura, sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere iniuriæ aut in ratione actionis errare possit. *Expressæ* sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria *publice a prætore formulæ*, ad quas privata lis accommodatur. »

[30] *Voy.* ci-après, §§ 72-74.

[31] *Voy* ci-après, t. II, § 283.

[32] *Voy.* ci-après, § 70 et *passim.*

seulement une ou plusieurs choses déterminées, mais aussi le patrimoine entier d'une personne vivante ou défunte, et que c'est au moyen de pareille *missio in bona* ou *bonorum possessio*, que le préteur rendit possible l'exécution dans les biens d'un débiteur insolvable qui, de mauvaise foi, cherche à se soustraire aux poursuites légitimes de ses créanciers [33], et réalisa des réformes importantes dans le système des successions à cause de mort [34].

128. L'exposé qui précède peut suffire pour donner une idée générale des moyens dont le préteur disposait et de la manière dont il en faisait usage pour aider, compléter et améliorer le *jus civile*. L'histoire des diverses institutions du droit privé nous fournira l'occasion de faire saisir d'une manière plus complète la marche progressive du droit honoraire. Nous croyons cependant utile d'ajouter encore ici quelques observations, concernant les *fictions* dont nous avons déjà dit un mot en parlant de l'action publicienne et des *actiones fictitiæ* ou *utiles* en général [35]. Des auteurs modernes, se trompant complétement sur la nature des fictions, ont reproché au préteur d'avoir usé de subterfuges et de contre-vérités pour introduire ses réformes. Rien n'est plus erroné. User d'une fiction, c'est simplement déclarer qu'une disposition légale, établie pour tel cas déterminé, doit être désormais également appliquée à telle autre hypothèse non prévue par le législateur, mais analogue à celle dont elle s'occupe. Or, cette déclaration, le préteur la fait franchement et ouvertement, tant dans son édit que dans l'action qu'il accorde. Ainsi, la formule Publicienne ne dissimule aucunement que le demandeur n'est pas *dominus ex iure Quiritium* de la chose qu'il revendique; mais, tout en reconnaissant que cette qualité lui fait actuellement défaut, elle déclare que, pour les raisons exposées ci-dessus, il mérite, dans les circonstances de l'espèce, d'être protégé comme si la chose était sienne *ex iure Quiritium*. L'on ne saurait être plus franc [36]. Pour prendre un autre exemple, pendant longtemps, l'étranger était à Rome sans protection pour sa personne et ses biens; rien ne le garantissait contre les spoliations les plus brutales, même contre le vol : car les actions de la loi ne sont accessibles qu'aux personnes qui jouissent du *commercium*. Le jour où cet état de choses parut trop inique pour être toléré davantage, un préteur édicta qu'il entendait désormais protéger les étrangers contre le vol aussi bien

[33] *Voy.* ci-après, t. II, § 299.
[34] *Voy.* ci-après, notes n° 129, et t. III, § 359.
[35] *Voy.* ci-dessus, notes 22-24.
[36] Reste à savoir si le préteur a raison d'assimiler ainsi le simple possesseur en train d'usucaper à un *dominus ex iure Quiritium*. Mais ce n'est pas ici que nous avons à nous occuper de cette question, que nous avons effleurée ci-dessus, notes 5-8, et que nous approfondirons plus loin, § 122.

que les citoyens, et créa ainsi l'*actio furti fictitia* [37]. — Enfin, la *bonorum possessio*, en matière de succession héréditaire, nous montrera clairement comment le préteur, en procédant par fictions, obéissait à des nécessités à la fois logiques et morales.

129. Le caractère rigoureux et exclusif du *ius civile* se manifestait surtout dans la législation concernant les successions à cause de mort. Spécialement, quand un père de famille venait à mourir *intestatus*, c'est-à-dire sans avoir fait de testament, la loi appelait comme héritiers (c'est-à-dire pour succéder dans tous les droits et dans toutes les obligations du défunt) exclusivement les personnes qui, au moment de son décès, faisaient partie de sa famille civile et qui portaient, par rapport à lui, le nom d'agnats, *adgnati*. Les autres parents qu'il pouvait avoir en dehors de sa famille civile et qu'on appelait *cognati* [38] n'avaient, d'après le droit de la cité, aucune place dans l'hérédité [39]. Cet état de choses, tout naturel dans l'origine, dut paraître injuste à une époque plus avancée, où les émancipations avaient singulièrement augmenté le nombre des cognats et apporté à l'esprit de famille des modifications assez importantes pour que le sentiment public fût amené à condamner l'exclusion absolue des enfants qui, tant qu'ils avaient fait partie de la famille, avaient, par leur travail, contribué à la création et à l'accroissement du patrimoine, à la succession duquel la loi refusait de les admettre. A ce

[37] Dans la formule créée à cet effet, le préteur ordonne au juge d'examiner si les faits litigieux sont tels, que le demandeur serait en droit d'intenter l'action de vol au cas qu'il fût citoyen, SI CIVIS ESSET, et, en cas d'affirmative, de prononcer la condamnation à son profit, comme s'il était citoyen. GAIUS, IV, 37, nous donne la formule de l'*actio furti fictitia*, mais pour le cas où le peregrinus serait, non pas la victime, mais l'auteur du vol. SI PARET (OPE) CONSILIOVE DIONIS... FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ, QUAM OB REM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, ETC.

[38] Comment peut-il se faire qu'un citoyen romain ait des parents en dehors de sa famille *civile ?* La réponse complète à cette question se trouve ci-après, § 11 et t. III, § 351. Ici il suffit de dire d'abord que les parents de la femme d'un citoyen romain (voire la femme elle même dans le mariage libre) restaient tout à fait étrangers à la famille du mari, et que, par conséquent, aucun lien de parenté civile n'existait entre eux et les enfants issus du mariage (ci-après, § 11, et t. III, § 308) ; ensuite, (ce qui est plus important pour notre matière), que les enfants, affranchis de la puissance paternelle par émancipation, cessaient de faire partie de la famille civile dans laquelle ils étaient nés, et se trouvaient dès lors, avec leurs descendants, réduits à la condition de simples cognats vis-à-vis de ceux qui étaient demeurés membres de cette famille.

[39] Dans l'origine, en effet, la notion de la famille naturelle, c'est-à-dire non civile, était étrangère aux idées romaines. Des siècles se passèrent avant qu'on admît, comme ayant une importance civile, les rapports de parenté existant entre les enfants et les parents de leur mère. Quant aux enfants affranchis de la puissance paternelle, il est probable que les émancipations sont d'une origine relativement récente. D'ailleurs, rigoureusement parlant, le fils qui avait demandé ou consenti à être émancipé, n'avait qu'à s'imputer à lui-même d'être sorti de la famille. Ce n'est que plus tard, quand les émancipations étaient devenues plus fréquentes et s'opéraient sans porter atteinte aux liens naturels d'affection, que l'opinion publique commença à s'élever contre l'exclusion des enfants émancipés et de leur progéniture, alors surtout qu'ils avaient, par leur travail, contribué à créer le patrimoine paternel.

grief viennent se joindre d'autres considérations importantes. En effet, si le citoyen mort intestat ne laisse point d'agnats, sa succession se trouvera forcément sans héritiers légaux, ou, comme on disait à Rome, elle sera vacante. Or c'est là un état de choses que les Romains cherchaient à éviter avec grand soin, tant pour l'honneur du défunt que dans l'intérêt de ses créanciers et même de la chose publique [40]. Supposons que, dans une hypothèse pareille, il se trouve un cognat qui, pour des motifs d'intérêt ou d'affection, ne demande pas mieux que de succéder au défunt et de remplir les obligations que sa mort laisse en souffrance. Si ses intentions pouvaient se réaliser, tous les intérêts seraient satisfaits : malheureusement la loi n'admet comme héritiers que les membres de la famille civile. Pour détourner cet obstacle, le préteur, sans reconnaître le cognat comme héritier, cherche à arriver à une solution qui donne des résultats pratiques analogues [41]. A cet effet, il l'autorise, en vertu de son *imperium*, à se mettre en possession des biens délaissés, mesure qui ne lèse personne. Cette *bonorum possessio*, obtenue par le cognat, ne lui donnera certes pas le domaine civil des biens, comme l'avait le défunt et comme l'aurait son héritier légal, mais elle lui permet d'en jouir comme s'il était héritier : et si l'une ou l'autre des choses héréditaires se trouve usurpée par des tiers qui n'y ont aucun droit, il est naturel que le préteur l'aide à la reprendre, en lui donnant à cet effet une action analogue à celle qui existe en faveur de l'héritier civil, *ficto se herede*, en d'autres termes, une *utilis* ou *fictitia rei vindicatio* [42]. De cette manière le *bonorum possessor* tire de fait des biens délaissés tout l'émolument et tout l'avantage qu'un véritable héritier en pourrait tirer; mais dès lors l'équité exige aussi qu'il assume les charges qui grèvent le patrimoine et spécialement qu'il acquitte les dettes du défunt. D'où la nécessité de donner aux créanciers des actions contre lui, comme s'il était héritier, *ficto se herede* [43]; et par une juste et inévitable réciprocité, il faut bien aussi lui accorder, comme s'il était héritier, des actions afin de poursuivre le payement des créances dues au défunt [44]. On le voit, des considérations d'utilité publique et

40 Pour l'honneur du défunt : ne point trouver d'héritier était considéré comme déshonorant pour la mémoire du citoyen défunt. — Dans l'intérêt des créanciers : *ut creditores haberent a quo suum consequerentur.* Gaius, II, 55. — Dans l'intérêt de la chose publique, pour empêcher l'extinction des *sacra familiæ*. – *Voy.* pour les détails, ci-après, t. III, § 559.

41 Nous partons ici de l'hypothèse d'après laquelle la *Bonorum possessio hereditaria* fut créée *iuris civilis* supplendi *gratia*. *Voy.* t. III, § 559, Observation.

42 La formule se trouve chez Gaius, IV, 34. Iudex esto. Si A. A. Lⁱ. SEII HERES ESSET, TUM si is fundus de quo agitur ex iure quiritium eius esset (neque is fundus arbitrio tuo A° A° restitueretur, quanti ea res erit, N^m N^m A° A° condemnato). »

43 Cf. Gaius, IV, 34. « Si N. N. Lⁱ TITII HERES ESSET, TUM si paret N^m N^m A° A° decem millia dare oportere (tu iudex N^m N^m A° A°... condemnato). »

44 Gaius, IV, 34. « SI A. A. Lⁱ. TITII HERES ESSET, TUM si paret N^m N^m A° A° decem millia dare oportere, etc. »

privée engagent le préteur à accorder au cognat dont il s'agit la possession des biens du défunt. En agissant ainsi, il donne satisfaction à divers intérêts bien légitimes sans léser les droits de personne. Mais ce premier pas fait, il se trouve irrésistiblement amené à créer les fictions dont nous venons de parler et au moyen desquelles l'édit parvient à introduire sans secousse, dans les successions héréditaires, toutes les réformes que les progrès de la civilisation rendent nécessaires [45].

130. On a l'habitude de considérer les fictions comme étant exclusivement du *droit prétorien*. Il suffit de jeter un rapide coup d'œil sur le développement progressif du droit romain pour se convaincre que ce moyen de réaliser des réformes n'est pas moins usité dans le *ius civile*. Déjà sous les rois, le meurtre commis méchamment se trouve, par une fiction, assimilé au parricide [46]; le *ius Latii* n'est autre chose qu'une fiction qui attribue à de simples pérégrins la qualité de colons latins; le *ius italicum* est une fiction qui fait considérer le territoire d'une ville provinciale comme s'il était situé en Italie [47]. Le *ius postliminii* et la disposition de la loi *Cornelia*, qui considère le citoyen mort en état de captivité comme s'il était mort au moment où il est devenu prisonnier de guerre [48]; le *ius liberorum*, qui exempte de la loi *Papia Papœa* [49]; les actions utiles accordées *quasi ex iure cesso* [50]; *le ius aureorum annulorum* et la *natalium restitutio* en faveur des affranchis; la *querela inofficiosi testamenti*, fondée sur la supposition de démence du testateur [51] et bien d'autres institutions sont des fictions créées par la coutume, la législation et l'autorité des jurisconsultes.

Les divers édits.

131. Tout préteur disposait des moyens que nous venons d'analyser; mais ce sont principalement les édits des deux Préteurs résidant à Rome qui exercent une grande influence sur le développement du droit des Quirites. Il paraît qu'on les désignait tous deux par le nom d'*edictum urbanum* ou *urbicum* [52]. Les préteurs des provinces suivirent, en général, dans leurs

[45] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 359. 361. 364 sq. 368. 370. 372 sqq.

[46] FESTUS, v. *Parrici*.... SI QUIS HOMINEM LIBERUM DOLO SCIENS MORTI DUIT, PARRICIDA ESTO ». *Voy.* ci-dessus, p. 56, note 18.

[47] *Voy.* ci-dessus, nos 72. 76.

[48] *Voy.* ci-après, § 11, II; § 98 *in fine*, et t. III, §§ 329. 364. 379.

[49] *Voy.* ci-après, no 176 *in fine*.

[50] *Voy.* t. II, § 188.

[51] *Voy.* t. III, § 337 et §§ 390 sqq.

[52] On tire cette conséquence de ce que Gaius a écrit deux ouvrages, l'un *ad edictum urbicum*, l'autre *ad edictum provinciale*. Fr 42. 51. 55-57, D., *de regulis iuris* 50, 17. Cf. CIC., *ad Atticum*, VI, 1, à la note suivante *in fine*. — *Voy.* en général sur l'édit du *prætor peregrinus*, LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALP., c. XX, lin. 24. 25. « Eam stipulationem, quam is qui Romæ inter peregrinos ius dicit, in albo propositam habet. » — GAIUS, I, 6. — BOETHIUS *ad Top.* 5. — THÉOPHILE, I, 2, 7.

édits, *edicta provincialia*, l'impulsion donnée par leurs collègues de Rome [53].

132. Outre les édits des préteurs, nous remarquons comme importantes pour le droit privé les publications des Édiles curules, lesquels, en leur qualité d'administrateurs de la police, avaient la surveillance des rues et marchés, ainsi que des opérations (particulièrement des ventes) qui s'y faisaient [54]. — Dans les provinces, la juridiction que les édiles exerçaient à Rome était attribuée aux questeurs [55].

133. Le droit qui se formait par les édits s'appelait *ius honorarium* (de *honores*, magistratures), en opposition au *ius civile*, c'est-à-dire à l'ancien droit coutumier, fixé et modifié par la loi des Douze Tables, et développé ultérieurement tant par l'autorité législative que par la science [56].

LES JURISCONSULTES. *AUCTORITAS PRUDENTUM.*

Observations générales.

134. Quoique, par la publication des Douze Tables, le texte de la loi eût été porté à la connaissance de tous les citoyens, les patriciens cependant, seuls chargés de l'appliquer, surent pendant longtemps envelopper d'un secret impénétrable les formalités d'application et la pratique des lois. Les pontifes surtout étaient les dépositaires de ces mystères [1]. C'était

[53] Cic., *in Verrem*, II, 1, 46. II, 2, 22. 37. II, 3, 65; *ad familiares*, III, 8; *ad Atticum*, V, 21. VI, 1, 15. « Breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν, quod duobus generibus edicendum putavi : quorum unum est *provinciale*, in quo est de rationibus civitatum, de ære alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quæ ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium, de reliquo iure ἄγραφον reliqui : dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum; itaque curo et satisfacio adhuc omnibus. Græci vero exsultant, quod peregrinis iudicibus utuntur ».

[54] Plaute, *Captivi*, IV, 2, 42 sqq. 805. 810.—Cic., *de off.*, III, 17. - Aulu-Gelle, IV, 2.—Gaius, I, 6. – Titt., D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.; C., *de Ædiliciis actionibus* 4, 58. – § 7, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2. – § 1, I., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 4, 9. — *Voy.* ci-après, t. II, §§ 215, 282 *in fine*.

[55] Gaius, I, 6.

[56] Ius honorarium, prætorium.—Ius civile, legitimum. Cic., *Topica* 5.—Gaius, III, 34.—Ulpien, XXII, 24. – Papinien, Fr. 7, D., *de iustitia et iure*, I, 1. – Pomponius, Fr. 2, § 5. 10. 12, D., *de origine iuris* 1, 2. – Ulpien, Fr. 3, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5. Fr. 25, D., *qui testamenta facere possunt* 28, 1.—§ 7, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2.—Pr. § 1, I., *de bonorum possessionibus* 3, 9. – Cf. ci-après, nº 135 *in fine*.

[1] Cic., *de oratore*, I, 41 ; III, 33; *de legibus*, II, 8-9 sqq. 19. 22; *pro Murena*, 12. – Tite-Live, IV, 3, où Canuleius dit : « Si non ad fastos, non ad commentarios pontificum admittimur. » — Le même, VI, 1. IX, 46. – Denys d'Hal., X, 1. – Valère-Maxime, II, 5, 2. – Macrobe, *Saturn.* I, 15. – Pomponius, Fr. 2, § 5. 6, D., *de orig. iuris* 1, 2. « His legibus (XII Tabularum) latis cœpit, ut naturaliter evenire solet, ut *interpretatio* desideraret prudentium auctoritatem necessa-

à eux qu'il fallait s'adresser également pour savoir les jours auxquels il était permis d'agir en justice, *dies fasti*. La loi *Hortensia* avait, à la vérité, ordonné que le préteur siégerait tous les jours de marché, *nundinæ;* mais, comme, d'un côté, la superstition ne tarda pas à créer un grand nombre de *dies nefasti*, c'est-à-dire de jours auxquels rien de public ne pouvait être traité et qui pouvaient fort bien tomber un jour de marché, et que, d'un autre côté, les jours destinés aux assemblées du peuple, *dies comitiales,* pouvaient, quand il n'y avait pas de réunion, servir aux besoins de la justice [2], il s'introduisit bientôt un tel désordre dans cette division, que le simple citoyen était obligé d'avoir recours aux pontifes, qui déterminaient les jours de justice au moyen de tables chronologiques [3]. L'avénement des plébéiens à la préture ne mit pas fin à cet état de choses. Ce ne fut que trente ans plus tard (450) qu'un certain Cn. Flavius, scribe et protégé d'Appius Claudius Cæcus, publia un tableau des *dies fasti* et *nefasti* [4] qu'il exposa publiquement dans le *forum*, et un recueil de formules, *actiones*, qui fut connu sous le nom de *ius civile Flavianum* [5]. D'après Pomponius, Flavius aurait dérobé ces renseignements à son pro-

riamque *disputationem fori*. Hæc disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur... sed communi nomine appellatur ius civile. Deinde ex his legibus... *actiones* compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent : quas actiones, ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt, et appellatur hæc pars iuris legis actiones. Et ita eodem pœne tempore tria hæc iura nata sunt : *leges XII Tabularum;* ex his fluere cœpit *ius civile;* ex iisdem *legis actiones* compositæ sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoque anno præesset privatis ; et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. »

[2] Varron, *de l. l.*, VI, 29 (V, 4, col. 35, Gothofr. – p. 59, Bipont.) « Dies *fasti* per quos prætoribus omnia verba sine piaculo licet fari. *Comitiales* dicti, quod tum ut coiret populus constitutum est ad suffragium ferendum.... 30. Contrarii horum vocantur dies *nefasti*, per quos dies nefas fari prætorem : do, dico, addico ; itaque non potest agi.... 31 *Intercisi* dies sunt per quos mane et vesperi est nefas, medio tempore inter hostiam cæsam et exta porrecta fas.... 53. Hinc *fasti* dies quibus verba certa legitima sine piaculo prætoribus licet fari. Ab hoc *nefasti* quibus diebus ea fari ius non est et si fati sunt, piaculum faciunt.... » — Ovide, *Fastes*, I, 47. « Ille nefastus erit per quam tria verba silentur. Fastus erit, per quem lege licebat agi. » *Ibid.*, 53. — Macrobe, *Saturn.*, I, 16. « Comitiales sunt quibus cum populo agi licet. Et fastis quidem lege agi potest, cum populo non potest; comitialibus utrumque potest. » — Le même, XIV, 1. « Sed lege Hortensia effectum, ut fastæ essent (nundinæ), uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent... » — Festus, vv. *Nefasti. Nundinas. Religiosus. Voy.* aussi les deux notes suivantes.

[3] Cic., *de legibus*, II, 8. 9. 19. 20-22; *pro Murena*, 11.

[4] Les calendriers de l'antiquité, *fasti calendares,* qui nous ont été conservés contiennent tous les jours de l'année dans un ordre continu, divisés en *nundinæ* et désignés dans chaque *nundina* par les huit premières lettres de l'alphabet, de A jusqu'à H, avec indication des kalendes, des nones et des ides. Chaque jour est accompagné d'une sigle qui indique s'il est *fastus*, F ; *nefastus*, N ; *comitialis*, C ; *endotercisus* ou *intercisus*, c'est-à-dire que le milieu de la journée peut être consacré aux affaires, E N ; *mane nefastus*, dont la matinée est néfaste, N'. Nous rencontrons aussi la sigle F P, que l'on a essayé d'interpréter par *fastus principio*. *Voy.* le calendrier romain, donné par M. Bruns, *fontes*, p. 28. Cf. ci-dessus, p. 13, note 59.—Vers la fin de la république, le nombre des *dies comitiales* et *fasti* s'élevait à 189. Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, II, § 15, note 10.

[5] Cic., *de oratore* I, 41 ; *pro Murena* 11 ; *ad Atticum* VI, 1, 8. — Tite-Live, IX, 46. — Valère-

tecteur Appius et les aurait publiés à son insu ; mais le récit de Pline, suivant lequel Appius lui-même aurait favorisé cette publication, se concilie mieux avec ce que nous savons du rôle politique de cet ambitieux, qui chercha plus d'une fois à se rendre agréable à la masse afin d'arriver plus sûrement au pouvoir absolu [6]. Ce fut aussi la faction d'Appius qui porta Flavius à l'édilité [7].

135. Quoi qu'il en soit, ces publications mirent fin à l'exploitation ténébreuse des patriciens et des prêtres. L'admission des plébéiens au pontificat dut nécessairement répandre davantage la science du droit ; et nous lisons que Ti. Coruncanius, le premier grand pontife plébéien, fut aussi le premier qui enseigna la science du droit publiquement [8].

Son exemple fut suivi par beaucoup d'autres hommes éminents. Les jeunes gens se formaient à l'étude des lois en assistant aux plaidoiries et aux consultations [9]. Les jurisconsultes ne constituaient pas une profession distincte ; les hommes d'État se préparaient à leur carrière par l'étude du droit, qui devint bientôt un moyen puissant d'acquérir une brillante réputation [10]. Mais les jurisconsultes ne se bornèrent pas à étudier le droit existant : par la nature même de leurs occupations, ils furent amenés à le développer et à y introduire des réformes. Consultés par les citoyens sur toutes les transactions civiles, ils donnaient leurs avis sur les questions contentieuses [11], et rédigeaient pour les actes, tant judiciaires qu'extrajudiciaires, des formules dans lesquelles ils avaient soin d'insérer les clauses et réserves nécessaires pour mettre leurs clients à l'abri d'une

Maxime, II, 5, 2. — Pline, *H. N.*, XXXIII, 6, 1. —Pomponius, Fr. 2, § 7, D., *de origine iuris* 1, 2. « .... Hic liber qui actiones continet, appellatur *Ius civile Flavianum*, sicut ille *ius civile Papirianum ;* nam nec Cn. Flavius de suo quidquam adiecit libro. » — Macrobe, *Saturn.*, I, 15.

[6] Fr. 2, § 7, D., *eodem.* « Subreptum librum. » — Pline, *H. N.*, XXXIII, 6, 1. *Voy.* encore Cic., *de oratore*, I, 41 ; *pro Murena* 12 ; *ad Atticum* VI, 1, 8. — Macrobe, *Saturn.* I, 15.

[7] « Forensis factio. » Tite-Live, IX, 46. — Valère-Maxime, II, 2, 5. — Aulu-Gelle, VI, 9. — Fr. 2, § 7, D., *cité.*

[8] Fr. 2, § 35. 38. D., *de origine iuris* 1, 2. « Publice professus. » — Cic., *de oratore*, III, 33. *Voy.* encore sur Ti. Coruncanius : Cic., *de oratore* III, 15 ; *Brutus* 14 ; *pro domo*, 54 ; *de senectute*, 9 ; *de amicitia*, 11. — Pline, *H. N.*, VIII, 77 (51), 2.

[9] Cic., *de oratore*, I, 34. 44 ; *Brutus*, 89 ; *pro Murena*, 9 ; *de legibus*, I, 4 ; *de officiis*, II, 13, 19 ; *de amicitia*, 1. — D'après Cic., *Brutus*, 89 « (Q. Scævola) nemini se ad *docendum* dabat tamen, consulentibus respondendo, studiosos *audiendo* docebat. » Il est cependant certain que, déjà sous la république, les jeunes gens trouvaient des leçons, *institutio*, qui les préparaient à l'enseignement pratique que Cicéron désigne par le mot *audire*. Nous trouvons même le mot *instruere* employé pour désigner un enseignement plus approfondi. Pomponius, Fr. 2, § 43, D., *de origine iuris* 1, 2. « Servius (Sulpicius).... operam dedit iuri civili, et plurimum eos, de quibus locuti sumus, *audivit, institutus* a Balbo Lucilio, *instructus* autem maxime a Gallo Aquilio... » Cf., ci-après, les notes 44. 47. 48.

[10] Cic., *de oratore*, I, 55. 59 ; *Brutus*, 42.

[11] Nous nous bornons à citer ici : Cic., *de oratore*, I, 45. 48 ; *de legibus*, I, 4. — Quintilien, *de inst. orat.*, III, 6. XII, 3. — Pomponius, Fr. 2, § 37, D., *de origine iuris* 1, 2. « ... C. Scipio Nasica... cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset. »

interprétation défavorable : *respondere, scribere, cavere* [12]. Ajoutons qu'ils assistaient aussi leurs clients dans les débats judiciaires, notamment devant le tribunal du préteur, et prenaient pour eux les conclusions que les circonstances commandaient [13]. En commentant et en appliquant ainsi le droit en vigueur, ils en découvrirent les lacunes, ils rencontrèrent des complications difficiles que la combinaison des différentes dispositions légales et des conventions particulières devait nécessairement faire naître. Ils se trouvaient donc sur le même terrain que le préteur; aussi usaient-ils des mêmes moyens, mais naturellement avec moins de hardiesse. C'est surtout en approfondissant la nature des diverses institutions du droit civil et en appliquant ensuite les principes reconnus à d'autres hypothèses analogues, qu'ils secondèrent le préteur dans ses réformes et que souvent même ils le devancèrent. Leurs opinions et particulièrement les réponses qu'ils donnaient sur une consultation, *responsa* [14], n'avaient certes qu'une puissance morale. Mais quand elles avaient été adoptées par plusieurs jurisconsultes et souvent appliquées en justice, *sententiæ receptæ*, les juges ne décidaient pas facilement contre une pareille autorité [15]; ce qui s'explique aisément par la haute position que les *prudentes* occupaient et surtout par la circonstance que c'était parmi eux que le préteur avait l'habitude de choisir les membres de son conseil, dans lequel ils devaient exercer une influence d'autant plus grande que la plupart du temps ils étaient supérieurs au préteur même

[12] Cic., *pro Murena*, 9. « Servius hic nobiscum hanc urbanam militiam *respondendi, scribendi, cavendi* (plenam sollicitudinis et stomachi) secutus est : ius civile didicit; multum vigilavit, laboravit. » Le même, *de oratore*, I, 48. « Eum dicerem (iure consultum), qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad *respondendum* et ad *agendum* (Ernesti lit : *scribendum*) et ad *cavendum* peritus esset. » — Sur le mot respondere, *voy.* ci-après, note 14. Le sens que nous donnons aux mots scribere et cavere est justifié par de nombreux passages des anciens, particulièrement pour scribere par Cic., *de oratore*, II, 6 ; Suétone, *Néron*, 32; Ulpien, Fr. 9, § 7, D., *de pœnis* 48, 19, et pour cavere (synonyme de *providere*, d'où *prudens*, synonyme de *cautus, catus*, ci-après, note 33) par Cic., *Brutus* 5; *pro Roscio com.* 12; *in Verrem* II, 2, 23; *pro Cæcina*, 27. – Fr. 19, pr. D., *quemadm. servit. amittantur* 18, 6; Fr. 5, § 8. Fr. 17, § 3 *verb.* Igitur si D., *commodati* 13, 6; Fr. 6, pr. § 1, D., *de servis exportandis* 18, 7; Fr. 44, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2. Les mots scribere et rescribere sont aussi employés comme synonymes de respondere (ci-après, note 14); mais ce n'est pas une raison pour contester la signification que nous avons donnée au mot scribere.

[13] « Ad *agendum* peritus, » dit Cic., *de oratore* I, 48, à la note précédente. *Voy.* encore ci-après, note 20.

[14] Respondere, Publice respondere, responsitare. Cic., *pro Murena*, 4. « de iure consulentibus respondere. » 9. « Urbana militia respondendi. » *Brutus* 30. « Magnum munus de iure respondendi. » – Aulu-Gelle, XIII, 10 et *passim*. Cf. Isidore, *Orig.* V, 14. « Responsa sunt quæ Icti respondere dicuntur consulentibus : unde et responsa Pauli dicta. » – L'on dit également scribere, rescribere, publice scribere. Fr. 2, § 47, D., *de origine iuris* 2, 1. – Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 52, § 20, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 11, § 5, D., *ad leg. Iul. de adulteriis* 48, 5. — *Voy.* encore ci-après, nº 184.

[15] Cic., *pro Cæcina*, 24.

par leur renommée et par leur expérience [16]. — Aussi ne devons-nous pas être étonnés de voir dire à Pomponius que la doctrine des jurisconsultes et la jurisprudence qui se forme par les débats judiciaires, *disputationes fori* [17], forment une source si importante du droit, qu'on leur applique par excellence la dénomination de *ius civile* [18].

136. Nous venons de voir les jurisconsultes agir dans le *forum*, soit comme membres du conseil qui siége à côté du magistrat, soit pour assister leurs clients dans les débats qui peuvent se présenter devant le magistrat, *in iure*. Ils pouvaient les assister également dans les débats plus étendus et plus animés qui avaient lieu *in iudicio*, devant les juges civils et criminels. Tel fut sans doute l'usage pendant longtemps [19]; mais, à partir du septième siècle, il s'opéra une division du travail de la défense judiciaire. Les jurisconsultes continuèrent de prêter leur ministère pour les questions de droit, mais ils abandonnèrent à des *oratores* les plaidoiries animées et souvent passionnées devant les juges [20]. Ce n'est pas

[16] *Voy.* ci-dessus, nº 54, et Cic., *de oratore* I, 57 ; *in Verrem* II, 1, 29. II, 2, 29. II, 5, 21. — Tite-Live, XXXVIII, 60 *in f.* — Suétone, *Tibère* 33. — Lactance, *de mortibus persecutorum*, c. 22.

[17] Pomponius, Fr. 2, § 5. 12, D., *de orig. iuris* 1, 2. « 5 ... Hæc disputatio (fori) et hoc ius quod sine scripto venit, compositum a prudentibus... communi nomine appellatur *ius civile.* » Les « disputationes fori, » dont il est question dans ce passage, sont évidemment les débats judiciaires. (Cf. ci-après, note 20.) Cette explication a paru trop ordinaire aux érudits. A l'aide d'un passage de Juvénal, I, 128 (où Apollon est appelé *iurisperitus*), ou plutôt du commentaire embrouillé d'un scoliaste *ad hunc locum*, ils ont imaginé des académies de jurisconsultes dont les séances auraient eu lieu près du temple d'Apollon, et dans lesquelles on aurait proposé et discuté des questions de droit. *Voy.* entre autres Terrasson, *Hist. de la jurispr. rom.*, p. 225.

[18] Nous saisissons cette occasion pour faire connaitre les différentes significations que peut présenter le mot ius civile, dont se sert Pomponius dans le passage transcrit à la note précédente. Dans le sens propre *ius civile* est le droit qui est propre à la cité romaine, le droit positif des Quirites en opposition aux divers droits des autres nations et à l'abstraction que les Romains désignent par le terme *ius gentium*. Gaius, I, 1. — §§ 1. 2, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2. Cf. ci-dessus, nº 113, et ci-après, § 2. Dans un sens plus restreint, opposé au *ius honorarium*, le mot *ius civile* comprend toutes les règles qui doivent leur origine à d'autres institutions que les édits des magistrats, savoir : aux coutumes, aux lois, aux sénatus-consultes, à l'autorité des *prudentes*, à la jurisprudence des tribunaux, aux constitutions impériales. Cf. ci-dessus, nº 133, note 56. Comme du temps des jurisconsultes classiques, les sources principales du droit romain étaient d'une part les édits des magistrats qu'on comprenait sous le nom de *ius honorarium*, et d'autre part l'autorité des jurisconsultes, on finit par s'habituer à considérer cette autorité comme représentant de préférence le *ius civile*, et c'est ainsi que s'explique la terminologie abusive mentionnée par Pomponius, d'après laquelle ce terme désigne exclusivement le droit qui se forme par la science des *prudentes*. Ce langage abusif est poussé si loin qu'on oppose ce *ius civile* même au droit établi par des lois (*lex I. et P. P. — lex Iunia Velleia*) et par des sénatus-consultes. Gaius, II, 197 sq. 206. 255. — Ulpien, XXII, 19. XXIV, 11*a*. 26. 27. — Enfin, suivant les locutions auxquelles il est opposé dans un cas donné, le mot *ius civile* peut avoir bien d'autres significations encore. Nous nous bornons à citer Cic., *de oratore*, I, 46; *in Verrem*, II, 1, 42, et *pro Cæcina*, 2, où *ius civile*, opposé au droit public et au droit pénal, est synonyme de *ius privatum*, droit privé.

[19] Cicéron, *de oratore*, I, 17. III, 33, le rapporte des grands jurisconsultes anciens, Ti. Coruncanius, P. Crassus, P. Cornelius Scipio, en rappelant que Caton l'Ancien était aussi grand comme orateur que comme jurisconsulte.

[20] Cic., *de oratore*, I, 36-41. 45. 56; *pro Quinctio*, 8. Pour les affaires civiles, l'action des

que les qualités de jurisconsulte et d'orateur eussent été incompatibles : certes non, mais on les trouvait rarement réunies dans le même personnage [21]. C'était par la guerre et par l'éloquence judiciaire que les jeunes Romains s'ouvraient la carrière politique, tandis que la science du droit était plutôt l'apanage des hommes mûris par l'étude et par l'âge [22]. C'est pourquoi les jurisconsultes jouissaient, en général, d'une estime plus grande [23]; cependant les orateurs aussi étaient censés remplir une mission élevée qui leur valait, comme aux jurisconsultes, la qualification de patrons de leurs protégés [24]. Aussi la célèbre loi *Cincia de muneribus* (550) leur défendit-elle d'accepter des récompenses pour leurs plaidoiries [25].

Les jurisconsultes de la république.

137. Depuis Cn. Flavius (450) jusqu'à la fin du cinquième siècle, les anciens nous citent comme jurisconsultes Appius Claudius Centimanus (Cæcus), consul en 443 et 458, le patron de Flavius [26]; P. Sempronius,

jurisconsultes se produisait naturellement le plus *in iure*, celle des orateurs *in iudicio*. Mais cela n'a rien d'absolu : il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les débats devant les juges ne tardèrent pas à se compliquer de questions de droit (ci-dessus, p. 187, note 11); que dès lors, d'une part, les premiers pouvaient être amenés à agir *in iudicio*, comme, d'autre part, les orateurs contribuaient aussi à élucider des questions de droit et avaient ainsi également leur part dans les progrès réalisés par la *disputatio fori* et dans l'autorité attribuée à la jurisprudence des tribunaux. Cf. ci-dessus, note 17, et ci-après, nº 141.

[21] Le fait est signalé à propos des célèbres jurisconsultes Q. Mucius Scævola et Servius Sulpicius. Par contre, le grand orateur Q. Hortensius n'apparaît nulle part comme jurisconsulte, et cette qualification n'est pas même accordée à Cicéron, malgré son traité (perdu) *de iure civili in artem redigendo*. Cf. ci-après, notes 43. 44. 49.

[22] Cic., *de oratore*, I, 45. III, 33; *de officiis*, II. 14. 19.

[23] Cic., *de oratore*, I, 36. 45. Les anciens disent que ce sont les *prudentes* qui fournissent les meilleurs armes aux orateurs lesquels, au reste, avaient l'habitude de les consulter avec déférence dans les questions difficiles. Cic., *ll. ll.* et *topica*, 17. « (Iureconsulti) patronis diligentibus, ad eorum prudentiam confugientibus, hastas administrant. » Le même, *de officiis*, II, 19. – Quintilien, *inst. orat.*, XII, 3. 4. « Tela agentibus subministrant ».

[24] Cic., *de oratore*, I, 36. 38; *topica*, 17; *pro Quinctio*, 1; *pro Murena*, 2; *de officiis*, II, 14 et *passim*. Le titre de *patronus* est donné aux orateurs comme aux jurisconsultes et aux personnes qui assistent un plaideur ou un accusé de leur influence sociale. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que ces deux dernières catégories de patrons sont aussi appelées *advocati*, tandis que, sous la république et encore dans les premiers temps de l'empire, ce mot n'est pas appliqué (au moins comme terme technique) aux *oratores*. Cic., *pro Quinctio*, 8; *pro Cluentio*, 40; Ps. Asconius, *in divinat.*, 4, p. 104, 8 Orelli. – Iulius Victor, c. 25. p. 262, 30 Orelli. Chez Quintilien les *oratores* sont déjà habituellement appelés *advocati*. *Voy.* ci-après, nº 197. Le mot *causidicus* se trouve déjà chez Cicéron, mais il n'est guère employé que dans un sens défavorable.

[25] Tacite, *Annales*, XI, 5. « Patres (i. e. senatores) legem Cinciam flagitant qua cavetur antiquitus, *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*. » Cf. le même, XIII, 42. XV, 20.– Tite-Live, XXXIV, 4, et ci-après, nº 197. — Nous aurons à revenir sur le célèbre plébiscite de L. Cincius Alimentus, ci-après, t. II, § 253.

[26] *Voy.* ci-dessus, p. 233, notes 4-7, et Pomponius, Fr. 2, §§ 36. 37, D., *de origine iuris* 1, 2. - Cic., *Brutus*, 14, 16 ; *de senectute*, 6. – Tite-Live, IX, 29. X, 1, *epit.* XIII.

surnommé σόφος, consul en 449 et premier pontife plébéien [27], et surtout Ti. Coruncanius, aussi grand dans la guerre que comme homme d'État et jurisconsulte, le premier *pontifex maximus* plébéien et le premier qui enseigna publiquement le droit [28].

138. Pendant le sixième siècle, nous trouvons Q. Mucius (ou Fabius), ambassadeur à Carthage avant la seconde guerre punique (534)[29]; L. Cincius Alimentus, préteur de Sicile en 543, le célèbre annaliste [30]; P. Atilius, d'après d'autres Acilius, appelé *sapiens* [31]; les deux frères P. et S. Ælius Pætus [32]. Le dernier, Sextus, consul en 556 et surnommé Catus, à cause de son habileté dans la jurisprudence [33], publia entre autres un recueil intitulé *Tripertita,* parce qu'il se composait de trois parties, du texte de la loi des Douze Tables, d'un commentaire sur cette loi, et enfin d'un formulaire contenant des modèles d'actes judiciaires, *legis actiones* [34]. M. Porcius Cato l'Ancien, censeur en 570 et décédé en 605, écrivit des *commentarii iuris civilis* et publia des *responsa* [35]. Son fils, M. Porcius Cato Licinianus, mort avant lui, est également cité comme auteur de bons ouvrages de droit, et il est probablement l'auteur de la fameuse règle catonienne [36]. Vers la même époque vécurent P. Cornelius Scipio Nasica consul en 563, et son fils Publius, surnommé Corculus à cause de sa sagacité [37].

139. La connaissance de la philosophie grecque qui, malgré l'opposi-

[27] Pomponius, Fr. 2, § 37, D., *de O. I.* 1, 2. – Tite-Live, IX, 45. X, 9. 21.

[28] *Voy.* ci-dessus, note 8. – Cic., *de oratore,* III, 15. 33; *Brutus,* 14; *de legibus,* II, 21; *pro domo,* 54; *de senectute,* 6. 9; *de amicitia,* 11; *de natura deorum,* II, 66. – Tite-Live, *epit.* XIX. – Pline, *H. N.*, VIII, 77 (51), 2.

[29] Pomponius, Fr. 2, § 37, D., *de O. I.* 2, 1. – Cf. Tite-Live, XXI, 18. – Aulu-Gelle, X, 27. – Florus, II, 6.

[30] On le compte parmi les jurisconsultes à cause d'un ouvrage *de officio icti* et de quelques traités se rapportant au droit public. Festus, vv. *Nuncupata. Subiici. Prætor. Patricios.*

[31] Pomponius, Fr. 2, § 38, D., *de O. I.* 2, 1. – Cic., *de legibus,* II, 23 et *de amicitia,* 2, parle d'un certain L. Acilius ou Atilius, appelé *Sapiens,* qui aurait écrit sur la loi des Douze Tables.

[32] Pomponius, Fr. 2, § 38, D., *de O. I.* 1, 2.

[33] C'est à lui que se rapporte le célèbre vers d'Ennius : « Egregie cordatus homo, Catus Æliu' Sextus. » Cic., *de republica,* I, 18. *Voy.* encore sur lui Cic., *de oratore,* I, 45. 48. III, 33; *Brutus,* 20; *de legibus,* II, 23; *ad famil.*, VII, 22; *de senectute,* 9; *Tuscul.*, I, 9. – Valère-Maxime, IV, 3, 7. – L. 1, pr. C., *de communi servo manumisso,* 7, 7.

[34] Pomponius, Fr. 2, § 38, D., *de origine iuris* 1, 2. Ces *Tripertita* sont-ils identiques avec le *ius Ælianum* dont il est question au Fr. 2, § 7, D., *eodem?* La question est douteuse.

[35] Pomponius, Fr. 2, § 38, D., *de O. I.* 1, 2. – Festus, v. *Mundus.* « ... Sic refert Cato in commentariis iuris civilis. » — Aucun auteur ne dit expressément que Caton ait publié des *responsa;* mais on tire cette conséquence de Cic., *de oratore,* II, 33. — *Voy.* encore sur Caton, le même, *ibid.*, I, 37. III, 33; *Brutus,* 17-19. – Cornelius Nepos, *Cato* 3.

[36] Pomponius, Fr. 2, § 38, D., *de O. I.* 1, 2. – Aulu-Gelle, XIII, 19. – Fr. 1, D., *de regula Catoniana* 34, 7. Cf. ci-après, t. III, § 439.

[37] Pomponius, Fr. 2, § 37, D., *de O. I.* 1, 2. « C. Scipio Nasica, ... cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset. » – Cic., *Brutus,* 20; *Tuscul.* I, 9. – Tite-Live, XXIX, 14.

tion qu'elle rencontra [38], commençait à se répandre vers la fin de la république, donna un nouvel essor à l'étude du droit. Le septième siècle fournit une longue série de jurisconsultes éminents qui, par leurs travaux, préparent une ère nouvelle. M. Manilius, consul en 605, M. Junius Brutus et P. Mucius Scævola, consul en 621, sont appelés, par Pomponius, les fondateurs du droit civil [39]. P. Rutilius Rufus, consul en 649, distingué autant par sa science que par ses vertus, mourut dans l'exil, victime de la vengeance des chevaliers dont il avait osé contenir et réprimer les rapines en Asie [40]. P. Mucius Scævola eut pour frère L. Crassus Mucianus, fils adoptif du grand pontife P. Licinius Crassus qui fut l'un des triumvirs de la loi agraire de Ti. Gracchus [41]. Un autre Mucius (Quintus), consul en 637 et ordinairement appelé l'Augure, fut le maître de Cicéron [42]. Mais de la célèbre famille Mucienne le plus illustre fut Quintus Mucius Scævola (Fr. 4), le fils de Publius, consul en 659 et plus tard grand pontife, qui le premier publia un système complet de droit civil [43]. Le droit honoraire fut à son tour l'objet de travaux sérieux. Servius Sulpicius Rufus, qui partage avec Q. Mucius le premier rang parmi les jurisconsultes de l'époque, écrivit entre autres des notes ou observations sur

[38] Un sénatus-consulte bannit, en 593, les philosophes. Aulu-Gelle, XV, 11. « C. Fannio Strabone, M. Valerio Messala Coss. M. Pomponius prætor senatum. consuluit. quod. verba. facta. sunt. de. philosophis. et. rhetoribus. de. ea. re. ita. censuerunt. uti. M. Pomponius. prætor. animadverteret. coerceretque. uti. ei. e. republica. fideque. sua videretur. uti. romæ. ne. essent. Cf. Suétone, *de claris rhetoribus*, 1.

[39] Pomponius, Fr. 2, § 39, D., *de O. I.* 1, 2. — *M. Manilius.* Cic., *de rep.* I, 12. 13. III. 10; *de orat.*, I, 48. III, 33; *Brutus*, 15. — Aulu-Gelle, XVII, 7. — Cic., *de orat.* I, 58, et Varron, *de re rust.* II, 5, mentionnent, comme conçues par lui, des formules de contrats de vente, *Manilianæ venalium vendendorum leges* ou *Manilianæ actiones. Iunius Brutus.* Cic., *Brutus* 34; *de oratore* II, 55.—Aulu-Gelle, VII, 15. XVII, 7.—*P. Mucius Scævola.* Cic., *de orat.* I, 48; *Brutus*, 28; *de legibus*, II, 19.—Plutarque, *Ti. Gracchus*, 9.—Fr. 66, pr. D., *soluto matrimonio*, 24, 3.

[40] Pomponius, Fr. 2, § 40, D., *de O. I.* 1, 2. — Cic., *de orat.*, I, 53; *Brutus*, 22-30; *pro Fonteio*, 13; *pro Rabirio perd.* 7, 10; *pro Plancio*, 21; *pro Balbo*, 13; *in Pisonem*, 39; *de officiis*, II, 13. III, 2; *de natura Deorum*, III, 32. — Tite-Live, *epit.* LXX. — Val.-Max., II, 10. — Vell. Pat., II, 13. — Sénèque, *de provid.*, 3. — Tacite, *Ann.*, IV, 43. — Quintilien, *inst. orat.*, V, 3, 4. XI, 1, 12. —Ps. Ascon. *in divinat.*, 17. p. 122, 12 Orelli.

[41] Pomponius, Fr. 2, § 40, D., *de O. I.* 1, 2. — Cic., *de orat.*, I, 37; *Brutus*, 26. — Aulu-Gelle, I, 13, 9. 10.

[42] Pomponius, Fr. 2, § 40, D., *de O. I.* 1, 2. — Cic., *Brutus*, 26. 89; *pro Balbo*, 20; *de legibus*, 4; *de amicitia*, 1. — Valère-Maxime, III, 8, 5. VIII, 12.

[43] Pomponius, Fr. 2, § 41. 43. D., *de O. I.*, 1, 2. Cf. Acron, *ad Hor. Ep.* I, 2, 87. « M. Scævola qui primus I. C. (*ictus* ou bien *de iure civili*) apud veteres scripsit. — Cic., *de orat.*, I, 39. 45; *Brutus*, 29. 30. 39. 40. 42. 52. 89; *de legibus*, I, 4; *de off.*, I, 32. III, 15; *pro Roscio Am.*, 12.— Tite-Live, *epit.* 86. — Val.-Max., IV, 1, 11. VIII, 15, 6. — Vell. Pat., II, 26. — Aulu-Gelle, VII, 15. — Sa réputation de science et d'éloquence était très-grande; cependant Cicéron, qui se glorifie d'avoir été son disciple, *Brutus*, 89, élève au-dessus de lui Servius Sulpicius, dont il sera parlé ci-après. *Brutus*, 41. Mucius fut tué par la faction de Marius, en 671. Mucius est encore intéressant comme le plus ancien jurisconsulte dont les ouvrages aient été mis à profit par Justinien. Le *Digeste* contient de lui quatre fragments : Fr. 64, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 8, D., *de aqua quot.* 43, 20. — Fr. 241, D., *de verb. signif.* 50, 16. — Fr. 73, D., *de reg. iuris* 50, 17.

l'édit prétorien [44], et son disciple A. Ofilius se rendit célèbre par un ouvrage dogmatique plus étendu sur le même sujet [45]. Un autre de ses disciples Alfenus Varus (fragm. 54), paraît avoir recueilli et commenté le *ius civile*, émané des réponses des jurisconsultes, dans un livre important intitulé *Digesta* [46].

140. Parmi les disciples de Q. Mucius Scævola nous remarquons L. Lucilius Balbus, le maître de Servius [47]; C. Aquilius Gallus, l'un des jurisconsultes les plus estimés de l'époque [48]; enfin Cicéron (M. Tullius), le grand orateur, qui, sans être jurisconsulte dans l'acception rigoureuse du mot, ne s'en occupait pas moins de l'étude du droit civil [49], et nous a laissé, dans ses plaidoiries et dans ses ouvrages rhétoriques et philosophiques, les renseignements les plus variés et les plus précieux sur l'ancien droit des Romains [50]. Servius Sulpicius compte un plus grand nombre de disciples qui se distinguèrent par des écrits. Pomponius en énumère dix, parmi lesquels nous signalerons, outre Ofilius et Alfenus Varus, déjà nommés : Aufidius Namusa, auteur d'un grand recueil en cent quarante livres et Antistius Labeo, père du célèbre Labeon qui s'illustra au commencement de l'époque suivante [51]. Nous devons encore men-

44 Pomponius, Fr. 2, § 42. 43. 44 in f. D., *de O. I.* 1, 2. – Cic., *Brutus*, 41. « Sic enim existimo iuris civilis magnum *usum* et apud Scævolam et apud multos fuisse, *artem* in hoc uno : quod nunquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi... » *ibid.*, 42; *pro Murena*, 9; *de off.*, II, 19; *ad famil.*, IV, 1-6; *Phil.*, IX, 5. – Vell. Pat., II, 36. – Aulu-Gelle, II, 10. VI, 12. – Servius était aussi célèbre comme orateur que comme jurisconsulte. Cic., *Brutus*, 41. – Quintil., *inst. orat.*, X, 1. XII, 3. – Fr. 2, § 43, D., *cité*. – Fr. 30, D., *pro socio*, 17, 2. – Pline, *epist.* V, 3, et Catulle, *epigr.* 16, le mentionnent comme poëte.

45 Pomponius, Fr. 2, § 44, D., *de O. I.* 1, 2. « ... Libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent reliquit... Idem edictum prætoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum, perquam brevissimos, ad edictum subscriptos reliquit. » *Ibidem*, § 45. – Cic., *ad fam.*, VII, 21; *ad Atticum*, XIII, 37, 4. Cf. Gaius, III, 140.

46 Pomponius, Fr. 2, § 44, D., *de O. I.* 1, 2. – Aulu-Gelle, VI, 5. Cf. Acron *ad Hor. Sat.*, I, 3, 130.

47 Pomponius, Fr. 2, § 42, D., *de O. I.* 1, 2. – Cic., *Brutus*, 42.

48 Pomponius, Fr. 2, § 41, D., *de O. I.* 1, 2. – Cic., *Brutus*, 42; *Topica*, 7. 12; *pro Cæcina*, 27; *pro Balbo*, 20; *ad Atticum*, I, 1, 1; *de off.*, III, 14. – Val.-Max., VIII, 2, 2. – *C. Aquilius Gallus*, collègue de Cicéron dans la préture, fut un des jurisconsultes les plus estimés de son temps. Son nom se rattache à plusieurs réformes importantes du droit romain, aux remèdes contre le dol, à la célèbre *stipulatio Aquiliana*, à l'institution des *postumi sui*. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 201. 292, et t. III, § 367.

49 Cic., *de orat.*, I, 48. – Cf. *pro Murena*, 13. – Aulu-Gelle, I, 22. – Quintil., *instit*, *orat.*, XII, 3. – Cf. Dion Cassius, XLVI, 6. 7.

50 Nous avons indiqué ci-dessus, page 14, les ouvrages de Cicéron qui sont particulièrement intéressants pour notre science. C'est surtout dans ses plaidoiries qu'il nous fournit des renseignements précieux sur plusieurs matières du droit privé, renseignements qu'il faut, au reste, utiliser avec quelque précaution et sans oublier qu'ils proviennent d'un avocat défendant sa cause.

51 Pomponius, Fr. 2, § 44, D., *de orig. iuris* 1, 2. « Ab hoc (S. Sulpicio) plurimi profecerunt; fere tamen hi libros conscripserunt : Alfenus Varus, Caius Aulus Ofilius, Titus Cæsius, Aufidius Tucca, Aufidius Namusa, Flavius Priscus, Caius Ateius Pacuvius, Labeo Antistius, Labeonis Antistii pater, Cinna, Publicius Gellius.

tionner, comme appartenant à la même époque, le stoïcien Q. Ælius Tubero; Ælius Gallus (Fr. 1); Granius Flaccus, auteur d'un commentaire sur le droit Papirien [52]; Q. Cornelius Maximus et son disciple C. Trebatius Testa, maître de Labéon [53]; Aulus Cascellius, enfin Q. Ælius Tubero, fils de celui que nous avons nommé ci-dessus et grand-père de C. Cassius Longinus, l'un des chefs de l'école des Sabiniens [54].

JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX. — *MORES MAIORUM. CONSUETUDO.*

141. A côté des deux grandes sources du droit coutumier dont nous avons parlé dans les paragraphes qui précèdent, Cicéron mentionne encore l'équité, *æquitas*, la jurisprudence des tribunaux, *auctoritas rerum similiter iudicatarum* [1], et l'action permanente de la coutume, *consuetudo*, source originaire de tout droit national et dont l'influence, bien que naturellement affaiblie à la longue, ne s'en fait pas moins sentir à côté de l'édit et de l'autorité des jurisconsultes [2].

[52] *Ælius Gallus.* Varron, *de l. l.* V, 66 (IV, 10 Gothofr. — p. 20 Bipont.) — Aulu-Gelle, XVI, 5. — Festus, vv. *Postliminium receptum. Reus. Saltus. Torrens.* Le Fr. 157, D., *de verborum significationibus* 50, 16, est tiré d'un ouvrage d'Ælius Gallus, qui portait le même titre.—*Granius Flaccus.* *Voy.* ci-dessus, n° 51.

[53] Pomponius, Fr. 2, § 45, D., *de O. I.* 1, 2. — Cic., *ad famil.*, (*ad Trebatium*, VII, 6-22) VII, 5. (*ad Cæsarem*) : « ... Tibi spondeo... probiorem hominem, meliorem virum, prudentiorem esse neminem (Trebatio). Accedit etiam, quod familiam ducit in iure civili (c'est-à-dire : « ce qui est très-important pour un jurisconsulte ») : singularis memoria, summa scientia. » Les *Topica* de Cicéron sont dédiés à Trebatius. — *Voy.* encore Aulu-Gelle, VI, 12. — Macrobe, *Saturn.*, I, 16. III, 5. — Pr. I., *de codicillis* 2, 25.

[54] *A. Cascellius.* Pomp. Fr. 2, § 45, D., *de O. I.* 1, 2. — Horace, *ars poet.*, 371. — Pline, *H. N.*, VIII, 40. — Val.-Max., VI, 2, 12. — Quintil., *inst. orat.* VI, 3. — Macrobe, *Saturn.*, II, 6. D'après Pomponius, *l. l.*, il n'a écrit qu'un seul livre, intitulé *Benedicta.* — *Q. Ælius Tubero* fut l'adversaire de Cicéron dans la poursuite contre Ligarius. Pomp. Fr. 2, § 46, D., *de O. I.* 1, 2. — Cic., *pro Ligario*, 1. — Quintil., *inst. orat.*, X, 1, 3. VI, 1, 80. — Aulu-Gelle, VII, 9. XIV, 2, le mentionne comme ayant écrit des ouvrages juridiques.

[1] Cic., *ad Herennium*, II, 13; *rhetorica*, II, 22. 54; *topica*, 5. « Ius civile... id esse quod in legibus, senatusconsultis, *rebus iudicatis*, iurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, *æquitate* consistat ». (*Voy.* encore sur l'*æquitas* : Le même, *ad Herennium*, III, 2 ; *topica*, 2). — Fr. 34. 38, D., *de legibus* 1, 3. « 34... Cum de consuetudine civitatis... confidere quis videtur : primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo formata sit. 38. ... In ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, *consuetudinem*, aut *rerum perpetuo similiter iudicatarum* auctoritatem, vim legis obtinere debere ». Les jugements qu'on cite comme autorité en justice sont appelés *præiudicia.* Ps. Ascon., *in Cic. div. in Cæcilium*, c. 4. p. 104, 13 Orelli. « Præiudicium dicitur res, quæ, cum statuta fuerit, affert iudicaturis exemplum, quod sequantur. » — *Voy.* encore Quintilien, *Instit. orat.*, V, 2.

[2] *Voy.* ci-dessus, n° 30, et Cic., *ad Herennium*, II, 13; *de invent. rhetorica*, II, 22. « ... Consuetudinis autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit ». *Ibidem*, 54. — Le même, *de legibus*, II, 10. — Servius *ad Verg. Æn.*, VII, 601. « *Mos erat.* Varro vult morem communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit. » — Donatus, *ibidem.* « Mos longo tempore custoditus legem facit, quæ etiam ad posteros transit. » Cf. Macrobe, *Saturn.*, III, 8. — Isidore, *Orig.*, V, 3. — Gaius. I. 1. — Ulpien, Pr., § 4. — § 9, I., *de*

TROISIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS AUGUSTE JUSQU'A DIOCLÉTIEN.

723-1059 de Rome. — 14 avant J.-C. - 306 de l'ère chrétienne.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT †.

TRANSITION A L'ÉTAT MONARCHIQUE. — *LEX REGIA*.

142. Après avoir vaincu ses ennemis, Octavien, tout en laissant subsister un simulacre de république et en conservant le plus possible les formes usitées, réussit à s'emparer du pouvoir suprême [1]. Il ne voulut pas prendre le titre de dictateur perpétuel, qui rappelait l'odieux souvenir de Sylla; mais il se fit conférer successivement toutes les dignités civiles et religieuses. La puissance tribunitienne, qui lui fut accordée en 724, lui servit surtout à établir son autocratie en lui donnant d'abord l'invio-

iure naturali, gentium et civili 1, 2. — Fr. 32, 40, D., *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine* 1, 3. — Plusieurs institutions du droit civil appartenant à notre époque doivent leur origine à la coutume. Gaius, III, 82. IV, 27. — Ulpien, XI, 24. — Paul, III, 4, 7. — Pr. I., *de pupillari substitutione* 2, 16. — Pr. I., *de adquisit. per adrogat.* 3, 10. — Fr. 8, D., *de his qui sui vel alieni iuris sunt* 1, 6. — Fr. 34, D., *de adoptionibus* 1, 7. — Fr. 12, § 2, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 39, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. — Fr. 1, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Fr. 1, pr. D., *de curatoribus furioso dandis* 27, 10. *Voy.* aussi ce que nous dirons ci-après, t. III, §§ 367 sqq. et 390 sqq. de la *successio contra tabulas* et de la *querela inofficiosi testamenti*. — La *coutume* agit également dans le droit international. Plebiscitum de Termessibus, c. 6. « Quæ leges quodque ius *quæque consuetudo* L. Marcio L. Iulio Coss. inter cives Romanos et Termesses maiores Pisidas fuit, eædem leges idemque ius *eademque consuetudo* inter cives Romanos et Termesses maiores Pisidas esto... »

† Tous les renseignements sur l'organisation de l'empire romain, qui nous ont été transmis par les auteurs anciens, par des monuments législatifs, par des inscriptions et d'autres documents de quelque importance ont été réunis dans un précieux recueil. publié par M. Aug. Hænel, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latarum*. Leipzig, 1857.

[1] Appien, *de bellis civilibus*, V, 132. — Velleius Paterculus, II, 89. — La politique d'Auguste est bien dessinée dans Tacite, *Annales*, I, 2. « Posito Triumviri nomine, consulem se ferens et ad

labilité, qui a toujours été considérée comme l'attribut de la souveraineté, et ensuite le droit important du veto, au moyen duquel il pouvait annuler les décisions de tous les autres magistrats et du sénat [2]. Enfin, sous le titre de *princeps*, il réunit, en 727, tous les pouvoirs dans sa personne [3]. La même marche fut suivie par ses successeurs avec plus ou moins d'adresse, mais avec un succès toujours croissant; de sorte qu'au commencement du troisième siècle, un empereur put oser se dire au-dessus des lois. Il est vrai qu'en prenant isolément un texte de Dion Cassius, on serait tenté de croire qu'Auguste avait déjà joui de ce privilége exorbitant [4]; mais il résulte d'autres passages du même auteur, et de faits nombreux constatés tant par des monuments que par des historiens, que c'est par exception seulement que les premiers empereurs furent dispensés de certaines lois [5]. Ce n'est que lorsque le despotisme impérial fut entièrement consolidé, que le servilisme des citoyens et du sénat persuada aux maîtres de Rome qu'ils étaient au-dessus de toutes les lois [6].

143. Ainsi, c'est par une suite continue de lents empiétements que les empereurs ont réussi à saisir et à consolider dans leurs mains la puissance absolue [7]. Cependant plusieurs auteurs modernes, entraînés par un

tuendam plebem tribunitio iure contentum; ubi militem donis, populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia senatus, magistratuum, legum in se trahere nullo adversante; cum ferocissimi per acies aut proscriptione cecidissent, ceteri nobilium, quanto quis servitio promptior, opibus et honoribus extolleretur; ac novis ex rebus aucti, tuta et præsentia quam vetera et periculose mallent. Neque provinciæ illum rerum statum abnuebant, suspecto senatus populique imperio ob certamina potentium et avaritiam magistratuum; invalido legum auxilio, quæ vi, ambitu, postremo pecunia turbabantur. » — *Voy.* aussi LE MÊME, *ibidem*, I, 9, et SUÉTONE, *Octave*, 51 sqq.

[2] DION CASSIUS, LI, 19. *Voy.* encore ci-après, nº 145.

[3] TACITE, *Annales*, I, 1. 2. – DION CASSIUS, LIII, 17. 18.

[4] DION CASSIUS, LIII, 18. *Λέλυνται γὰρ δὴ τῶν νόμων.... τουτέστιν ἐλεύθεροι ἀπὸ πάσης ἀναγκαίας νομίσεως εἰσι, καὶ οὐδενὶ τῶν γεγραμμένων ἐνέχονται...* *Ibidem*, 28.

[5] Ainsi Auguste et Caligula furent exemptés de la loi Iulia et Papia Poppæa. *Voy.* surtout pour ces dispenses le monument connu sous le nom de LEX DE IMPERIO VESPASIANI. cap. 7. UTIQUE. QUIBUS. LEGIBUS. PLEBISVE. SCITIS. SCRIPTUM. FUIT. NE. DIVUS. AUG. TIBERIUSVE. IULIUS. CÆSAR. AUG. TIBERIUSVE. CLAUDIUS. CÆSAR. AUG. GERMANICUS. TENERENTUR. IIS. LEGIBUS. PLEBISVESCITIS. IMP. CÆSAR. VESPASIANUS. SOLUTUS. SIT. QUÆQUE. EX. QUAQUE. LEGE. ROGATIONE. DIVUM. AUG. TIBERIUMVE.... FACERE. OPORTUIT. EA. OMNIA. IMP. CÆSARI. VESPASIANO. AUG. FACERE. LICEAT. – L. 3, C., *de testamentis* 6, 23. — Même le Fr. 31, D., *de legibus* 1, 3, qui dit d'une manière générale « princeps legibus solutus est, » est tiré d'un ouvrage de Paul sur la loi Iulia et Papia Poppæa, postérieur à Septime Sévère.

[6] ZONARAS, X, 32 *in f.* – ULPIEN, *libro XIII ad legem Iuliam et Papiam Poppæam*. Fr. 31, D., *de legibus* 1, 3. « Princeps legibus solutus est... ». — § 8, I., *quibus modis testamenta infirmantur* 2, 17. « .... Divi quoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt : licet enim legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus. » – Déjà PLINE, au reste, dit dans son *Panegyricus Traiani*, 65 : « Ipse te legibus subiecisti..... quas nemo principi scripsit. »

[7] En nous exprimant ainsi, nous nous plaçons exclusivement sur le terrain du droit : car, de fait, la puissance des premiers empereurs était aussi grande que celle des autocrates de l'époque suivante, et même plus grande que celle de la plupart des princes qui se succédèrent sur le trône depuis Néron jusqu'à Septime Sévère.

zèle aveugle à justifier tout pouvoir quelconque, ont cherché à assigner une origine plus noble à l'empire romain, et ont prétendu que l'autocratie des Césars aurait été créée tout d'un coup, en vertu d'une loi par laquelle le peuple aurait renoncé à sa souveraineté et l'aurait transférée à Auguste. Pour soutenir cette opinion, qui est contraire non-seulement aux faits, mais encore à toute vraisemblance historique, on s'est principalement appuyé de quelques textes de la compilation de Justinien, dans lesquels il est question d'une *lex regia* qui aurait opéré ce rapide et légal passage de la république à l'autocratie[8]. Bien plus, on a cru trouver un exemplaire d'une pareille *lex regia* dans une table d'airain qui fut découverte au Capitole vers le milieu du quatorzième siècle, et sur laquelle est gravée une disposition légale connue sous le nom de *lex de imperio Vespasiani*[9]. Mais tout prouve que cette inscription n'est autre chose que le fragment d'une loi qui conférait le pouvoir à Vespasien, comme on avait de tout temps eu l'habitude de conférer l'*imperium* à un magistrat élu. Ainsi pendant longtemps l'avénement au trône d'un empereur était considéré comme l'installation d'un nouveau magistrat[10].

144. Quant à la loi sur laquelle Justinien base la légitimité du pouvoir impérial, le nom même en est mytérieux. Quelques auteurs ont pensé que *lex regia* signifiait simplement une loi par laquelle le peuple aurait remis à Auguste le pouvoir des anciens rois; mais cette opinion n'est point admissible. Nous savons en effet, de la manière la plus positive, qu'à cette époque encore le nom de *rex* était en horreur aux Romains[11]. C'est par ce motif que d'autres on été conduits à supposer que le mot aurait été forgé par les compilateurs de la collection de Justinien, ou du moins à

[8] § 6, I., *de iure naturali gentium et civili* 1, 2. « Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem : cum lege regia, quæ de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. » Ce passage est copié du Fr. 1, D., *de constitutionibus principum* 1, 4, attribué à Ulpien. – L. 1, § 7, C., *de vetere iure enucleando* 1, 17. « Lege antiqua, quæ regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem. » — Nous croyons utile de citer ici les autres passages qu'on a l'habitude d'alléguer à propos de cette question, savoir : Dion Cassius, LIII, 12. « Τὴν μὲν οὖν ἡγεμονίαν τούτῳ τῷ τρόπῳ καὶ παρὰ τῆς γερουσίας τοῦ τε δήμου ἐβεβαιώσατο. » *Ibidem*, 28. 32. – Gaius, I, 5. « Constitutio principis... nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. » — En outre, le Fr. 14, § 1, D., *de manumissionibus* 40, 1, parle d'une *lex Augusti*, et la L. 3, C., *de testamentis*, 6, 23, d'une *lex imperii*.

[9] *Voy.* ci-dessus, page 8, nº 9. Quelques auteurs (induits en erreur par Tacite, *Hist.*, IV, 3. 6. « At Romæ senatus cuncta principibus solita Vespasiano decrevit. 6.... Ceterum eo senatus die, quo de imperio Vespasiani censebant... ») l'ont prise pour un sénatus-consulte; mais il résulte du texte même que c'est une loi rendue, comme toutes les lois, sur la proposition du sénat. Cf. ci-après, nº 149 *in fine*.

[10] Nous croyons inutile de faire ressortir les différences qui, malgré l'analogie indiquée, séparent les deux actes, l'un conférant un pouvoir régulier et nettement déterminé par la loi et par l'usage, l'autre donnant une puissance extraordinaire dont il faut déterminer l'étendue.

[11] Il suffit de citer ici le passage de Dion Cassius, LII, 40, où Mécène conseille à Auguste de saisir le pouvoir absolu, mais de ne point se servir du nom de roi. « Τὸ δ' ὄνομα τῆς βασιλείας, ὡς καὶ

une époque où le despotisme des empereurs était déjà solidement établi, et où l'on pouvait oser comparer le pouvoir des Césars à celui des anciens rois. Cette hypothèse acquiert encore plus de vraisemblance par la circonstance que Gaius, tout en parlant de la loi qui confère le pouvoir à l'empereur, ne lui donne point le nom employé par Justinien (voyez note 8). Toutefois, si l'on insiste sur ce nom, il reste un dernier moyen de l'expliquer : c'est de supposer que cette loi, à défaut de tout autre magistrat, ait été proposée par un *interrex* [12].

Quoi qu'il en soit, les empereurs réussirent à faire disparaître jusqu'aux formes de l'ancienne liberté. Adrien donna à l'empire une organisation franchement monarchique, et, vers la fin de l'époque, nous trouvons tous les éléments d'un despotisme oriental, que Dioclétien régularisa et consolida par son système d'administration.

CONSTITUTION DE L'EMPIRE †.

De l'empereur ††.

145 A la tête de l'État se trouve le prince, *Imperator*, *Princeps*, *Cæsar*, *Augustus* [1]. Ces qualités lui assurent :

1. Le pouvoir consulaire avec la puissance particulière qui, depuis Jules César, est désignée par le mot *imperium* et qui comprend le commandement des armées, le droit de déclarer la guerre et de faire des traités de paix, enfin le droit de vie et de mort, même sur les sénateurs et les chevaliers [2].

2. Le pouvoir proconsulaire, c'est-à-dire l'administration des provinces, ou du moins d'une partie des provinces [3].

ἐπάρατον, φοβηθῆς. » Cf. TACITE, *Annales*, III, 56, ci-après, nº 146, note 7. *Voy.* encore HUBER, *Digress. Justin.*, lib. I, c. 25, § 2, et c. 29. Cet auteur, quoique l'un des plus chauds défenseurs du système de Justinien, croit cependant que le nom de *lex regia* ne peut dater du temps d'Auguste.

[12] HUGO, *Geschichte des röm. Rechts*, p. 274 (XIe édition). Nous trouvons quelque chose d'analogue dans CIC., *adv. Rullum*, III, 2. « ... Omnium legum iniquissimam dissimillimamque legis esse arbitror eam, quam L. Flaccus, interrex, de Sulla tulit, UT OMNIA, QUÆCUNQUE ILLE FECISSET, ESSENT RATA. »

† Sur les détails de l'organisation politique et administrative de l'empire romain, on peut consulter avec fruit l'ouvrage de SERRIGNY, *Droit public et administratif romain du IVe au VIe siècle*. Paris, 1862. 2 volumes.

†† SERRIGNY, *Droit public et administratif*, t. I, nºs 1-21.

[1] Le titre *Augustus*, qui jusque-là n'avait été accordé qu'aux dieux et aux choses divines, fut attribué à Octavien par le sénat en 727. DION CASSIUS, LIII, 16. 20. – OVIDE, *fastes*, I, 607 sqq. SUÉTONE, *Octave*, 7. – ZONARAS, X, 32, et ci-après, note 7.

[2] TACITE, *Ann.*, I, 9. – DION CASSIUS, XLIII, 44. LII, 41. LIII. 17. 32. LIV, 10, LVII, 8.

[3] DION CASSIUS, LIII, 17. 32. *Voy.* ci-après, nº 169. — Un privilége analogue avait déjà été accordé à Pompée. CIC., *Phil.*, XI, 13. – APPIEN, *de bello Mithrid.*, 94. – VELL. PAT., II, 31.

3. Le pouvoir des censeurs, ou plutôt la *præfectura morum* : car c'est maintenant le *præfectus morum* qui exerce les fonctions des anciens censeurs. En cette qualité, l'empereur a le droit de créer et d'éliminer les sénateurs [4].

4. Le pontificat. L'empereur est toujours de plein droit grand pontife, partant chef religieux de l'État [5].

5. Mais ce qui rend son pouvoir réellement illimité, c'est la puissance tribunitienne dont il est revêtu [6]. Ayant, en vertu de cette puissance le droit de paralyser, au moyen de son veto, l'action de tout magistrat et même du sénat ; ayant, d'autre part, en vertu des autres magistratures dont il est investi, entre ses mains tous les moyens d'action, l'empereur se trouve avoir de fait le pouvoir absolu auquel l'inviolabilité tribunitienne imprime encore un caractère particulier de sainteté et de souveraineté [7].

146. Comme magistrat, l'empereur a le droit de publier des ordonnances, *edicta*, qui ont force obligatoire pour la durée de la magistrature, c'est-à-dire durant sa vie. On conçoit aisément que ces édits aient dû acquérir à la longue la même valeur que les lois et les sénatus-consultes, puisque les mêmes raisons qui assuraient aux édits des préteurs une si grande autorité militent en faveur des ordonnances impériales. Aussi ce point est-il incontestable chez les anciens dès le commencement de l'empire [8]. Toutefois, longtemps encore les empereurs ne s'érigèrent pas, à proprement parler, en législateurs, et se bornèrent à publier des ordonnances pour des cas déterminés [9].

Comme les anciens rois et comme les magistrats de la république, l'empereur avait son conseil [10]. Auguste y appelait les consuls, quelques autres magistrats et un certain nombre de sénateurs [11]. Les successeurs d'Auguste le composaient selon leur bon plaisir ; mais à partir d'Adrien

[4] DION CASSIUS, LII, 42. LIII, 1. 17. LIV, 10. 13. 14. 26. 30. 35. LV, 13. — PLINE, *Panegyr.*, 45. — SUÉTONE, *Octave*, 27. 35. — Déjà en 708, Jules César s'était fait nommer *præfectus morum*, c'est-à-dire censeur sans collègue. DION CASSIUS, XLIII, 21. — SUÉTONE, *César*, 41.

[5] DION CASSIUS, LIII, 17. LIV, 27. — SUÉTONE, *Octave*, 31. — CAPITOL., *Balbinus*, 8.

[6] L'empereur avait la *puissance tribunitienne*, mais, étant de plein droit *patricien*, il ne pouvait être *tribunus plebis*. DION CASSIUS, LIII, 17. 32. Cf. CIC., *pro domo*, 13.

[7] TACITE, *Ann.*, I, 2. III, 56. « Id summi fastigii vocabulum Augustus reperit, ne regis aut dictatoris nomen adsumeret, ac tamen appellatione aliqua cetera imperia præmineret. » — DION CASSIUS, LI, 19. LIII, 17, 32. — VELL. PAT. II, 99. — VOPISCUS, *Tacite*, 1. — ZONARAS, X, 32.

[8] GAIUS, I, 5. « Constitutio principis est quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit : nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. » — POMPONIUS, Fr. 2, § 11, D., *de origine iuris* 1, 2. — Fr. 1, D., *de constitutionibus principum* 1, 4.

[9] *Voy.* ci-après, nos 183-185.

[10] SERRIGNY, *Droit public et administratif*, t. I, nos 30-33.

[11] SUÉTONE, *Octave*, 35. « ... Sibique instituit *consilia* sortiri *semestria*, cum quibus de negotiis ad frequentem senatum referendis ante tractaret. » — DION CASSIUS, LII, 33. LIII, 21. LV, 27. LVI, 28. LVII, 7. LX, 3. — ZONARAS, X, 33. — Cf. SUÉTONE, *Tibère*, 55.

il commence à prendre une organisation stable et régulière [12]. C'est dans ce conseil, *consilium, concilium, auditorium* [13], qui renfermait régulièrement des jurisconsultes [14], que l'empereur délibérait sur les affaires importantes et particulièrement sur les procès qui lui étaient soumis [15].

147. Nous avons dit plus haut que l'empereur a le pouvoir proconsulaire. Il importe de signaler l'influence délétère que cet élément de la puissance impériale a exercée sur l'organisation de l'État en y introduisant les usages de l'administration provinciale, qui finirent par envahir toutes les parties de l'empire et les soumettre à un régime uniforme qui ne diffère guère du despotisme oriental.

Les magistrats de la république, quelle que fût l'étendue de leurs pouvoirs, n'avaient toujours été que les délégataires de la souveraineté nationale. Ils ne disposaient personnellement d'aucun moyen de dominaiton: les ressources matérielles leur venaient du sénat, et, pour exécuter leurs volontés, ils n'avaient que des magistrats librement élus et relativement indépendants ou des fonctionnaires et des employés que la république mettait à leur disposition. Tout autre était la condition de l'empereur proconsul. L'administration des provinces qui lui étaient soumises lui assurait des moyens pécuniaires considérables [16], et il trouvait dans sa cohorte prétorienne un corps d'hommes prêts à exécuter ses ordres quels qu'ils fussent [17]. La fraction militaire de cette cohorte lui fournissait les gardes prétorienne et urbaine, qui comptaient, du temps de Vespasien, plus de vingt mille soldats [18]. Quant à la fraction civile, elle comprenait, outre les courtisans et les serviteurs personnels du prince, divers bureaux, *officia* ou *scrinia*, qui étaient chargés de recevoir les communications concernant les affaires personnelles de l'empereur et de transmettre ses ordres et résolutions aux parties intéressées [19]. Ces bureaux n'étaient

[12] Dion Cassius, LXIX, 7. — Spartianus, *Adrien*, 8. 18. 22. — Lampride, *Al. Sévère*, 16.

[13] Le conseil se nomme de préférence *auditorium*, quand il délibère sur des appels judiciaires portés devant l'empereur. L. 37. 39, C., *de appellationibus* 7, 62. A partir de Dioclétien, nous trouvons *consistorium, sacrum consistorium*. *Voy.* ci-après, nº 207.

[14] Outre les jurisconsultes qui en faisaient partie de droit, les empereurs en appelaient fréquemment dans des occasions exceptionnelles. Dion Cassius, LXIX, 7. — Spartianus, *Adrien*, 18. — Capitol., *Pius*, 12; *Marc Aurèle*, 11 *in fine*. — Lampride, *Al. Sévère*, 68, où se trouve une énumération de jurisconsultes impossible. — Fr. 30, pr. D., *de excusationibus* 27, 1. — Fr. 17, D., *de iure patronatus* 37, 14. — Fr. 50, D., *de iure fisci* 49, 14 et *passim*.

[15] *Voy.* les textes cités dans les quatre notes précédentes, et Pline, *epist.*, IV, 22. VI, 22. 31.

[16] *Voy.* ci-dessus, note 3, et ci-après, nº 168.

[17] Cf. ci-dessus, p. 210, notes 23 sqq.

[18] Sans y comprendre les gardes du corps, composées de Barbares. Tacite, *Hist.*, II, 93. — Dion Cassius, LV, 24.

[19] Dans cette matière, nous avons mis grandement à profit un intéressant article de M. Naudet, *De la cohorte du préteur et du personnel administratif dans les provinces romaines*, inséré dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*. Année 1870, trimestre 3me, p. 1-42 et p. 381-405.

originairement que des institutions privées de la maison impériale dont le prince confiait la direction à ses hommes de confiance, pris habituellement parmi ses affranchis [20]. Mais à une époque où le cercle des attributions impériales se trouvait considérablement agrandi, il parut convenable de classer au moins une partie de ces bureaux parmi les ronages officiels de l'administration centrale. Cette réforme fut réalisée par Adrien [21] qui attribua ce caractère à deux [22] des *scrinia* existants, appelés *ab epistolis* et *a libellis* et à un bureau de sa création, appelé *a memoria* [23]. A partir de cette époque, ces *scrinia* occupent un rang élevé dans la hierarchie administrative : pour obtenir les fonctions de *magister scrinii,* il faut avoir au moins rang de chevalier, et nous les voyons remplies par des jurisconsultes distingués [24]. — En dehors de ces trois bureaux, qu'on a l'habitude aujourd'hui de comprendre sous la dénomination un peu prétentieuse [25] de chancellerie impériale, Adrien laissa subsister comme offices séparés de l'administration de l'État tout ce qui concerne l'armée, ainsi que le *scrinium a rationibus* auquel ressortissaient les finances particulières de l'empereur [26].

148. Le premier janvier de chaque année, le sénat, le peuple et les légions prêtaient serment de fidélité à l'empereur [27]. A partir du deuxième siècle, nous trouvons parfois deux ou plusieurs empereurs sur le trône, soit qu'il règnent ensemble, soit qu'ils aient partagé l'administration [28]. Souvent aussi l'empereur régnant choisissait d'avance son successeur,

[20] Tacite, *Annales,* XVI, 8. – Suétone, *Claude,* 28; *Domitien,* 14. – Orelli-Henzen, *inscr.*, 1641. 1727. 2457. 2997. 5197. 6350. – Cf. Tacite, *Hist.*, I, 58. II, 59. – Suétone, *Domitien,* 7.

[21] Aurelius Victor, *epitome,* 29. « ... Officia sane publica et palatina, nec non militiæ in eam formam statuit, quæ paucis per Constantinum immutatis hodie perseverat. » – Spartien, *Adrien,* 22. « Ab epistolis et a libellis primus equites romanos habuit. »

[22] Outre les trois bureaux que nous allons mentionner (*ab epistolis, a libellis, a rationibus*), il y en avait bien d'autres : *a codicillis, a diplomatibus,* même *a voluptatibus.* Suétone, *Tibère,* 42 *in f.* – Orelli-Henzen, *inscr.*, 2795. 2902. 2917. 5009.

[23] Le *scrinium a memoria* existait sous Septime Sévère (Spartien, *Pescennius,* 7. « Pauli et Ulpiani...., qui Papiniano in consilio fuerunt, ac postea, cum unus ad memoriam, alter ad libellos paruisset, statim præfecti facti sunt. » Cf. Lampride, *Al. Sévère,* 31). Il est dès lors probable qu'il fut créé par Adrien. Sous les empereurs chrétiens, nous trouvons un quatrième bureau.—Il est plus que difficile de déterminer d'une manière certaine les attributions de ces bureaux. Cf. ci-après, nº 208.

[24] Cf. ci-après, nº 216.

[25] *Voy.* les passages de Spartien, transcrits aux notes 21 et 23, et Lampride, *Al. Sévère,* 26.

[26] Tacite, *Annales,* XV, 35. XVI, 8. – Suétone, *Claude,* 28, et ci-après, nºs 162. 200. 216. 226 sqq.

[27] Dion Cassius, XLVII, 18. LI, 20. LIII. 28. LVII, 8. LVIII, 17. LX, 10, 15.–Suétone, *Galba,* 16 et *passim.*

[28] Marc-Aurèle régna avec L. Vérus et plus tard avec Commodus. – Septime Sévère eut pour corégent son fils Antoninus Caracalla, lequel régna plus tard avec son frère Géta. — Ces exemples furent suivis de beaucoup d'autres. Dioclétien fut le premier qui partagea l'empire avec ses corégents.

ordinairement au moyen de l'adoption, et lui donnait une partie de l'administration, après lui avoir fait conférer la puissance tribunitienne, *Augustus et Cæsar* [29].

Le peuple et le sénat.

149. Les guerres civiles, en mettant la force brutale à la place du régime légal, et en rendant impossible le jeu régulier des institutions, avaient entièrement anéanti l'esprit public et ôté toute signification aux assemblées du peuple. C'était naturellement au chef de la force armée de déclarer la guerre et d'accorder la paix [1]; les jugements criminels, qui déjà dans les derniers temps de la république, étaient rarement portés devant les comices, leur furent enlevés sans difficulté par Auguste [2] qui jugea cependant prudent de leur laisser les élections et le vote des lois, tout en dépouillant de toute portée réelle ces manifestations apparentes de la souveraineté nationale. En permettant aux habitants d'Italie domiciliés hors de Rome d'envoyer dans les élections leur vote par écrit [3], il amena naturellement la désertion des assemblées, et déjà Tibère put transférer au sénat la nomination des magistrats [4]. L'exercice du pouvoir législatif demeura plus longtemps aux comices; mais on comprend que d'ordinaire les citoyens peu nombreux qui y assistaient se bornèrent à voter par acclamation la proposition de loi que le sénat soumettait à l'assemblée [5]. De fait, le sénatus-consulte qui contenait le projet était donc assimilé à une loi votée, et l'on finit par ne plus demander au peuple une ratification qui n'était jamais refusée [6].

150. De cette manière, le sénat, tout en conservant, autant que les empiétements du prince le permirent [7], l'administration des finances et

[29] Auguste déjà avait adopté Tibère; mais Marc-Aurèle fut le premier qui prit son fils (adoptif) pour corégent.

[1] Dion Cassius, LII, 41. LIII. 17. Cf. le même, XLII, 20, et Appien, *de bellis civ.*, III, 55. — Lex de imperio Vespasiani, c. 1.

[2] Dion Cassius, LVI, 40. — Cf. Quintilien, *inst. orat.*, III, 10, 1. — Ulpien, XIII, 1.

[3] Suétone, *Octave*, 46. « excogitato genere suffragiorum, quas de magistratibus urbicis decuriones colonici in sua quisque colonia ferrent et sub diem comitiorum, obsignata Romam mitterent. »

[4] Tacite, *Ann.*, I, 15. « Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt. » Cf. ci-dessus, p. 217, note 1. — Vell. Pat., II, 124. 126. Cf. Suétone, *Calig.*, 16. — Dion Cassius, LIX, 9. 20. — Le sénat devait naturellement tenir compte des désirs et recommandations de l'empereur. Suétone, *César*, 41; *Octave*, 56. — Tacite, *Ann.*, I, 15. 81. *Hist.*, I, 77. III, 55. — Dion Cassius, XLII, 20. XLIII, 46. 47. 51. LIII, 21. LV, 34. LVIII, 20. Depuis Septime Sévère, les magistrats, à l'exception des préteurs, sont directement nommés par le prince. Fr. 1, D., *ad legem Iuliam de ambitu* 48, 14. Cf. Fr. 57, D., *de re iudicata* 42, 1, et ci-après, n° 204.

[5] Pourtant Auguste rencontra encore parfois une opposition assez forte pour être obligé de retirer des projets de loi. Suétone, *Octave*, 34; Zonaras, X, 34 in. 35 et ci-après, n° 175.

[6] *Voy.* ci-après, n° 180.

[7] Auguste réduisit le nombre des sénateurs au chiffre de six cents, éleva le cens sénatorial

d'une partie des provinces [8], se trouva, de plus, investi du pouvoir législatif et du droit de nommer aux magistratures [9]. Auguste lui attribua encore une partie de la juridiction criminelle qu'il avait enlevée au peuple, au moins en ce qui concernait les attentats contre l'État et la personne de l'empereur, ainsi que les crimes de concussion des fonctionnaires provinciaux et les accusations capitales portées contre les sénateurs [10]. A l'aide de cet artifice, l'empereur pouvait impunément immoler tous les hommes influents qui lui donnaient de l'ombrage. Encore, tout en sacrifiant des citoyens à sa vengeance ou à sa cupidité, avait-il l'air d'exécuter les arrêts de la justice. Il était toujours sûr d'obtenir la condamnation qu'il demandait : car plus le pouvoir impérial augmenta, plus le sénat s'affaiblit. Une des causes principales de cette décadence était le droit qu'avaient les empereurs, en leur qualité de *præfecti morum*, de nommer et de révoquer les sénateurs selon leur bon plaisir [11]. Ainsi le sénat, n'ayant plus aucune racine dans le peuple, ne fut bientôt plus qu'un instrument entre les mains du prince, qui en absorba l'autorité, comme le sénat avait dans le temps servi à absorber la souveraineté du peuple. Aussi ses décrets subirent-ils le même sort que les lois des comices avaient dû subir, et finirent-ils par céder la place aux ordonnances impériales [12].

151. Jules César avait, en 695, ordonné la publication d'un journal officiel, contenant les actes du peuple et du sénat, *acta diurna* [13]. Auguste défendit plus tard la publication des délibérations du sénat [14], mais le journal continua à subsister, comme une espèce de gazette de la cour et de la ville [15].

Les magistrats.

152. La plupart des anciennes magistratures subsistent sous les empereurs. Quelques-unes disparaissent à partir du troisième siècle.

de 800,000 à 1,200,000 sesterces, défendit de tenir plus de deux séances par mois, sauf convocation extraordinaire par l'empereur. SUÉTONE, *Octave*, 35. 41. — DION CASS., LII, 19. 42. LIV, 3. 13. 14. 17. 26. LV, 3. 13.

8 *Voy.* ci-après, nº 169.

9 *Voy.* ci-dessus, notes 3-6.

10 SUÉTONE, *Octave*, 66; *Caligula*, 2. — TACITE, *Annales*, II, 28-32. 50. III, 10. XIII, 44. — PLINE, *epist.*, VIII, 14. IX, 13. — DION CASSIUS, LII, 31. 32. — ZONARAS, XI, 1. — Fr. 1, § 2, D., *a quibus appellare non licet* 49, 2.

11 SUÉTONE, *Octave*, 35. — DION CASSIUS, LII, 19. 31. 32. 42. LIV, 13. 14. 26. LV, 13.

12 *Voy.* ci-après, nº 181.

13 SUÉTONE, *César*, 20.

14 SUÉTONE, *Octave*, 36.

15 SUÉTONE, *Tibère*, 5; *Caligula*, 8. 36. — SÉNÈQUE, *de beneficiis*, III, 16. — TACITE, *Annales*, III, 3. XIII, 31. XVI, 22. — DION CASSIUS, XLVIII, 44. — CAPITOLIN, *Gordiani*, 4. — LAMPRIDE, *Commode*, 15.

Le consulat est toujours la première dignité. Les consuls continuent de jouir des plus grands honneurs, mais ils n'ont plus aucun pouvoir : leurs fonctions se bornent à présider le sénat et à exercer une juridiction peu étendue [1]. Pour rendre cette dignité accessible à beaucoup de monde, Auguste avait pris l'habitude de nommer des consuls de deux mois en deux mois. Les noms du premier couple servaient, comme autrefois, à désigner l'année; les autres s'appelaient *consules suffecti* [2]. Très-souvent les empereurs se firent conférer à eux-mêmes la dignité consulaire [3].

Le pouvoir des censeurs passa à l'empereur en sa qualité de *præfectus morum*. La dignité subsista jusqu'au milieu du troisième siècle [4]. — Les édiles, dont le nombre avait été augmenté par Jules César, disparaissent vers la même époque [5].

La charge des tribuns ne fut pas abolie, mais leur pouvoir tout entier passa à l'empereur [6]. Les magistrats auxquels le titre de tribun était conféré n'étaient que des instruments dont l'empereur se servait surtout quand il voulait s'opposer à un décret du sénat [7].

Les questeurs avaient l'administration du trésor de l'État, *ærarium*, et, en général, des finances dans les provinces du sénat. Ils durent par la suite céder le trésor aux *præfecti ærarii*, nouveaux fonctionnaires institués par Auguste. Claude le leur rendit, mais Trajan l'attribua de nouveau exclusivement aux préfets [8]. Depuis, la questure urbaine disparaît et nous ne trouvons plus de questeurs que dans les provinces [9]. — Les empereurs se servirent fréquemment des questeurs pour transmettre des

[1] Tacite, *Ann.*, XIII, 4. — Suétone, *Claude*, 23. — Aulu-Gelle, XII, 13. — Dion Cassius, LXIX, 7. — Gaius, II, 278. — Ulpien, XXV, 12. — Fr. 1, D., *de officio consulis* 1, 10. — § 3, I., *de Atiliano tutore* 1, 20 et *passim*. — Serrigny, *Droit public*, n°s 48-50.

[2] Tacite, *Hist.*, II, 71. — Dion Cass., XLIII, 18. 46. XLVIII, 35. — LXXII, 12. — Suétone, *Claude*, 14.

[3] Dion Cass., LIII, 17. 18. LIV, 2. — Suétone, *Octave*, 37; *Vespasien*, 8; *Vitellius*, 11; *Titus*, 6 et *passim*.

[4] Suétone, *Octave*, 37. — Vell. Pat., II, 95. — Dion Cassius, LIII, 17. 18. LIV, 2. — Trebell. Pollio, *Valérien*, 1, 2. — Vopiscus, *Carinus*, 20.

[5] Fr. 2, § 32, D., *de origine iuris* 1, 2. « ... Deinde C. Iulius Cæsar duos prætores et duos ædiles, qui frumento præessent et a Cerere cereales constituit. Ita XII prætores, VI Ædiles sunt creati. » — Tacite, *Ann.*, XIII, 28. — Dion Cassius, XLIII, 51. — Orelli, *inscr.*, 977.

[6] *Voy.* ci-dessus, n° 145.

[7] Tacite, *Annales*, VI, 12. 47. XIII, 28. *Hist.*, II, 9. IV, 9. — Dion Cassius, LV, 3. LVII, 15. LIX, 24. LX, 16. 27. 28. — Les tribuns subsistent jusqu'au cinquième siècle. Inscr. L. 12, Th. C, 2, 1; L. 2, Th. C., 4, 11; L. 1, Th. C., 8, 18; *Nov. Valentin*, I, 3. — L. 74, § 3, Th. C., *de decurionibus* 12, 1.

[8] Suétone, *Octave*, 36; *Claude*, 24. — Tacite, *Ann.*, XIII, 28. 29; *Hist.*, IV, 9. — Dion Cassius, LIII, 2. 32. LX, 4. 10. 24.

[9] Gaius, I, 6. « ... Iurisdictionem (ædilium curulium) in provinciis populi romani quæstores habent; nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur. » — Ulpien, Fr. 1, § 2, D., *de officio quæstoris* 1, 13.

communications au sénat et en créèrent aussi à cet effet, *quæstores Imperatoris* ou *Cæsaris, candidati Principis* [10].

De toutes les magistratures ce fut la préture qui conserva le plus d'importance. Le nombre des préteurs fut fixé par Auguste à douze; Tibère le porta à seize. On ajouta des prétures spéciales et permanentes pour les fidéicommis, pour les tutelles et pour les procès du fisc. Sous Marc Aurèle, il y en eut dix-huit [11]. Les attributions de la préture restèrent les mêmes; cependant elle ne put échapper non plus aux empiétements du pouvoir impérial et des fonctionnaires de l'empereur [12].

Les magistrats inférieurs, compris sous la dénomination de *XXVI viri*, que l'empereur Auguste réduisit au nombre de vingt, *XX viri* [13], subsistent encore longtemps : les *X viri stlitibus iudicandis* sont encore mentionnés vers la fin du cinquième siècle de l'ère chrétienne [14]. Par suite de l'agrandissement de la ville, Auguste jugea même convenable de faire élire des *magistri vicorum*, préposés aux subdivisions des quatorze régions de la ville [15].

153. Les magistrats continuent, comme sous la république d'avoir leurs *consilia*. Cet usage devint même légalement obligatoire : les lois impériales prescrivent aux magistrats d'avoir des *consiliarii* ou *adsessores*, à choisir parmi les citoyens ayant fait des études de droit, *iuris studiosi* [16]. Ces assesseurs reçoivent un salaire du magistrat qui les emploie et obtiennent même des traitements de l'État [17].

Comme nous l'avons indiqué plus haut, toutes les anciennes magistratures républicaines finissent par devenir de simples distinctions honorifiques, que les empereurs emploient comme moyen de s'attacher des hommes puissants, et souvent aussi dans le but de les ruiner. Car on eut soin de mettre à la charge des consuls, des préteurs et des questeurs les

[10] Tacite, *Annales*, XVI, 27. — Pline, *epist.*, VII, 16. — Suétone, *Octave*, 65; *Titus*, 6. — Dion Cassius, LIV, 25. LX, 2. — Lampride, *Al. Sévère*, 43. — Ulpien, Fr. 1, §§ 2. 3. 4., D., *de officio quæstoris* 1, 13.—Chez Orelli, *inscr.*, 133. 3042. 3151, 6498, nous trouvons des *prætores*, des *tribuni plebis*, des *ædiles candidati*.

[11] Tacite, *Ann.*, I, 14. — Vell. Pat., II, 89. — Dion Cassius, LVI, 25; LVIII, 30. LX, 10. — Capitol., *Marcus*, 10. — Pomponius, Fr. 2, § 32, D., *de origine iuris*, 1, 2. — Le *prætor urbanus* est encore mentionné dans une inscription du cinquième siècle de l'ère chrétienne (Gruterus, p. 464, 8); le *prætor peregrinus* jusqu'au temps de Caracalla. Marini, *Atti*, II, p. 784. Voy. ci-après, nº 204, et Serrigny, *Droit public*, nºs 57 sq.

[12] *Voy.* ci-après, nº 164.

[13] En supprimant les *IV viri* de la Campanie et les *II viri viis extra urbem purgandis*. Dion Cassius, LIV, 26.

[14] Sidonius Apollinaris, *epist.*, I, 7. II, 7.

[15] *Voy.* ci-après, nº 165.

[16] Fr. 1. 5, D., *de officio adsessorum* 1, 22.—Fr. 4, D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13. — Fr. 9, § 3, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 29, D., *de legatis II* (31). — Fr. 8, D., *de manumissis vindicta*, 40, 2.

[17] *Voy.* ci-après, nº 155.

frais considérables des jeux publics. Le pouvoir réel fut transféré à de nouveaux fonctionnaires créés par l'empereur.

Les fonctionnaires impériaux.

154. Le premier des fonctionnaires de l'empereur est le gouverneur de la ville, *præfectus urbi* [1]. Cette fonction avait été créée par suite des guerres civiles, pour maintenir la sûreté et la police de la ville [2]. On avait confié à ce préfet la juridiction criminelle à Rome et dans les cent milles à l'entour, avec le droit d'infliger des peines jusqu'à la déportation [3]. Bientôt il obtint également une juridiction civile, et, vers la fin de notre époque, nous le voyons former une instance d'appel pour les autres magistrats de la ville, y compris le préteur [4].

Le préfet du prétoire, *præfectus prætorio*, n'était dans le principe que le chef de la garde impériale [5]. Mais à mesure que le despotisme militaire se développe, cette fonction gagne de l'importance, et celui qui la remplit est considéré comme le premier personnage de l'État après l'empereur [6]. Il prend part à toutes les mesures politiques et concourt aux jugements des procès qui sont soumis au prince [7]. Nous trouvons même que les contestations qui viennent du dehors de la ville sont portées d'abord devant son tribunal avant que les parties prennent leur recours au souverain [8]. Aussi, c'est à partir de cette époque que plusieurs jurisconsultes distingués remplissent les fonctions de préfet du prétoire [9]. Severus Alexander accorda même à ce préfet le droit de statuer par voie de disposition générale, de sorte que ses arrêtés pouvaient faire loi [10].

[1] *Voy.*, en général, Titt. D., *de officio præfecti urbi* 1, 12; C. *eodem* 1, 28. — SERRIGNY, *Droit public*, nos 291-299.

[2] TACITE, *Ann.*, VI, 10. 11. – SUÉTONE, *Oct.*, 37. – VELL. PAT., II, 88. – DION CASS., LII, 21.

[3] DION CASSIUS, LII, 21. – Tit. D , *de off. præf. urbi* 1, 12. – Fr. 3, § 1, D., *de off. præf. vigilum* 1, 15. – Fr. 1, § 2, D., *de obsequiis parent.* 37, 15. – Fr. 6, § 1, D., *de interdictis et relegatis* 48, 22.

[4] PAULUS, Fr. 38, D., *de minoribus* 4, 4. « ... Pupilla in integrum restitui desiderabat. Victa tam apud prætorem, quam apud præfectum urbi provocaverat (ad imperatorem). » — *Voy.* encore SUÉTONE, *Octave*, 33. – DION CASSIUS, LII, 21. 33. – VOPISCUS, *Florian.* 5. 6. – SYMMAQUE, I, 22. X, 37. 62. – L. 3, C., *de off. pr. urbi* 1, 28. – L. 17, C., *de appellationibus* 7. 62.

[5] Titt. D., *de off. præf. præt.* 1, 11; C. *eodem* 1, 26. – TACITE, *Annales*, IV, 1, 2. – DION CASSIUS, LII, 24. LIII, 11. LV, 10. – LYDUS, *de magistr.* I, 5. II, 6. 13. — SERRIGNY, *Droit public*, nos 59-76.

[6] DION CASS., LXII, 9. 24. LXXV, 15. – ZOSIME, II, 32. – CAPITOL., *M. Anton.*, 11. – DOSITH., *Hadr. sent.* 5. 8. – LYDUS, *de magistr.* I, 14. — Le nombre de ces préfets varie d'un à quatre.

[7] DION CASSIUS, LXII, 9. LXXV, 15. – LYDUS, *de magistratibus*, I, 14.

[8] DION CASSIUS, LII, 3. – HÉRODIEN, VII, 6. – Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1.

[9] Tarruntenus Paternus sous Commode, Papinien sous Septime Sévère, Paul et Ulpien sous Alexandre Sévère.

[10] L. 2, C., *de off. præf. prætorio* 1, 26. « Formam a præfecto prætorio datam, etsi generalis

Le *præfectus vigilum* est le chef des veilleurs de nuit chargés de prévenir les vols et les incendies. Il a la juridiction des crimes et délits y relatifs [11]. — Le *præfectus annonæ* surveille les approvisionnements de Rome et, en général, la police des vivres. Il juge également les délits qui s'y rapportent [12]. — Des *præfecti ærarii* ont l'administration du trésor et une certaine juridiction dans les affaires fiscales [13].

Si l'on ajoute à cette énumération les *magistri scriniorum* dont nous avons parlé plus haut, on a un tableau complet des hauts fonctionnaires civils de l'empire. Quant aux fontionnaires et employés d'un ordre moins élevé, le nombre en augmente tous les jours [14]. Les renseignements nous font défaut pour en faire une énumération complète, ce qui, d'ailleurs, serait un travail aussi fastidieux qu'inutile. Nous nous bornerons à cette observation que les fonctions dont l'origine remonte au commencement de l'empire, notamment celles qui se rapportent aux finances du prince, sont désignées par les noms de *rationales, procuratores, curatores, actores, magistri, præpositi;* tandis que les fonctions moins anciennes, créées d'après le modèle de la cohorte prétorienne, trahissent cette origine par des noms empruntés à l'ordre militaire [15]. Les employés s'appellent *principes, cornicularii, adiutores* [15]; les offices sont qualifiés de *militiæ* [16] et la force publique est désignée par le terme *manus militaris,* alors même que les agents qui la représentent appartiennent à l'ordre civil [17].

155. Tous ces fonctionnaires étaient nommés et révoqués par l'empereur. Les magistratures avaient toujours été gratuites. Auguste crut d'une sage politique d'accorder un salaire aux agents comptables. Par la

sit, minime legibus vel constitutionibus contrariam, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est, servari æquum est. » (256).

[11] Titt. D., *de off. præf. vigilum* 1, 15; C., *eodem* 1, 43. – SUÉTONE, *Octave*, 30. – DION CASS., LIII, 24. 33. LV. 36. 31. – Fr. 56, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — SERRIGNY, n°s 301-303.

[12] TACITE, *Ann.*, I, 7. XI, 31. – DION CASSIUS, LII, 24. 33. LIV, 17. – SÉNÈQUE, *de brevitate vitæ*, 18. 19. – Fr. 2, § 33, D., *de origine iuris* 1, 2. – DION CASSIUS, XLIII, 4. 8. LIII, 2. 32. – TACITE, *Ann.*, XIII, 29. – Fr. 13, D., *de accusat.* 48, 2. — SERRIGNY, n°s 304-314.

[13] *Voy.* ci-dessus, p. 251, note 8, et SUÉTONE, *Octave*, 36; *Claude*, 24. – PLINE, *Panegyr.*, 91. 92.

[14] Dans l'époque suivante, sous Théodose Ier et Justinien, nous trouvons des chiffres vraiment effrayants. *Voy.* ci-après, n° 209.

[15] Ps. ASCONIUS *in Verrem*, II, 1, 28, p. 179 Orelli. « Accensus nomen est ordinis et promotionis in militia, ut nunc dicitur Princeps vel Commentariensis aut Cornicularius : hæc enim nomina de legionaria militia sumta sunt. » – LACTANCE, *de mortibus persecutorum*, 32. « Officiorum omnium milites. » – LYDUS, *de magistr.*, III, 2.

[16] Fr. 3, § 7, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 22. 49, § 1, D., *de legatis II* (31). – Fr. 11, § 16, D., *de legatis III* (32). – L. 3, Th. C., *de libertis et eorum liberis* 4, 11. – L. 22, Th. C., *de cohortalibus* 8, 4. – L. 19, Th. C., *de diversis officiis* 8, 7. « ad quamcumque aliam militiam, vel *palatinam* vel *militarem*... transire. » Cf. également L. 24, Th. C., *de Iudaeis*, XVI, 8. – L. 27, I. C., *de pignoribus* 8, 14.

[17] Fr. 68, D., *de rei vindicatione* 6, 1, et Fr. 3, pr. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* 43, 4, combinés avec L. 1, C., *de officio militarium iudicum* 1, 46. « Numquam omnino in negotiis privatorum vel *tuitio militaris* vel *executio* tribuatur. »

suite, tous les fonctionnaires obtinrent des traitements fixes, *salaria, commoda, mercedes, cibaria* [18].

De tout temps les magistrats avaient eu l'habitude de s'entourer de citoyens éclairés qu'ils consultaient sur les affaires qui se présentaient. Cet usage finit par devenir légalement obligatoire. Des constitutions impériales prescrivent aux magistrats et aux fonctionnaires ayant juridiction d'avoir des conseillers (*consiliarii, comites, adsessores*) à choisir parmi les citoyens ayant fait des études de droit, *iuris studiosi* [19]. Ces assesseurs reçoivent un salaire du magistrat ou du fonctionnaire qu'ils servent et ils finissent par obtenir des traitements fixes de l'État [20]. Depuis le troisième siècle, il y a, auprès de tous ces siéges de magistrats ou de fonctionnaires, un conseil permanent et salarié avec voix consultative, *consilium adsessorum*.

ÉTAT DES PERSONNES.

156. L'ancienne division en *cives, latini, peregrini,* subsiste encore longtemps. Mais nous trouvons une restriction apportée aux abus résultant de la facilité avec laquelle les esclaves affranchis acquéraient le droit de cité [1]. La loi *Ælia Sentia,* sous Auguste (757), statua que les esclaves de mauvaise conduite n'obtiendraient plus par l'affranchissement le droit de cité, mais seraient simplement regardés comme hommes libres. Encore leur assignait-elle, dans cette catégorie, la condition la plus défavorable, en les assimilant aux habitants des provinces soumises par les armes, *peregrini dediticii* [2].

Par contre, une autre loi favorisa les affranchis qui ne tombaient pas sous l'application de la loi précédente. Anciennement, les esclaves affran-

[18] TACITE, *Agricola*, 42. – FRONTIN, *de aquis*, 118. – DION CASSIUS. LII, 25. LIII, 15. LXXVIII, 22. — D'après ce dernier passage, le traitement du proconsul d'Égypte s'élevait sous l'empereur Macrin à 250,000 drachmes (la drachme valant environ un franc de notre monnaie). — Néron donna même *annua salaria* aux sénateurs peu favorisés de la fortune. SUÉTONE, *Néron*, 10.

[19] *Voy.* ci-dessus, p. 252, note 16 et Tit. D., *de officio adsessorum* 1, 22. — Les hauts fonctionnaires avaient souvent pour assesseurs des jurisconsultes accomplis et distingués. Papinien avait été assesseur du préfet du prétoire et quand il fut lui-même revêtu de ces hautes fonctions, il eut pour assesseurs Paul et Ulpien. SPARTIEN, *Pescennius Niger*, 7, ci-dessus, p. 235, note 9. – Fr. 3, § 3, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1.

[20] *A*) Fr. 4, D., *de officio adsessorum* 1, 22. – Fr. 19, § 10, D., *locati* 19, 2. – Fr. 1, § 8. Fr. 4, D., *de extraord. cognitionibus* 50, 13. — *B*) SPARTIEN, *Pescennius Niger*, 7. – LAMPRIDE, *Al. Sévère* 46. – Fr. 32, in f. D., *ex quibus causis maiores in integrum restituuntur* 4, 6.

[1] L'affranchissement opéré par un Latin ou un pérégrin ne donnait à l'affranchi que le *ius Latii* ou la liberté des pérégrins TABLE DE SALPENSA, c. 28. 29, ci-dessus, p. 206, note 71. – PLINE, *epist.*, X, 4. – *Fragm. de manumissionibus*, 11.

[2] SUÉTONE, *Octave*, 40. – DION CASSIUS, LV, 13. – GAIUS, I, 13. 14 15. 26. 27, et ci-après, t. III, § 336. — Sur la condition des *dediticii* en général, *voy.* ci-dessus, nº 70, et DION CASSIUS, LXXI, 11.

chis sans l'observation des formalités prescrites, bien que protégés dans leur nouvel état par le préteur, n'acquéraient cependant pas, d'après la rigueur du droit, la liberté civile. La loi *Iunia Norbana*, portée sous Tibère (772), leur accorda non-seulement la liberté, mais encore le *ius Latii*. Ces nouveaux Latins, qu'on appelle *Latini Iuniani*, différaient cependant des autres Latins sous quelques rapports: leurs enfants seulement avaient tous les droits de Latins nés libres [3].

157. Au reste, l'acquisition des droits civils fut rendue de plus en plus facile. La latinité fut accordée à des pays entiers [4]. Même le droit de cité, que les alliés d'Italie avaient dû conquérir au prix de leur sang, s'accordait avec une légèreté extrême. Déjà César avait fait entrer des Gaulois dans le sénat romain; un grand nombre de généraux et de hauts fonctionnaires étaient d'origine étrangère [5]. La concession de la *civitas* moyennant rétribution constituait pour les empereurs une source de revenus. Aussi Marc-Aurèle l'accordait-il à qui la demandait [6]. — Enfin une loi de l'empereur Caracalla octroya le droit de cité à tous les sujets libres de l'empire [7]. Mais cette constitution n'abolit point les qualités de Latin et d'étranger; elle ne statua que relativement à ce qui existait au temps de sa publication. Il se pouvait donc qu'il y eût encore, après Caracalla, des *Latini*, savoir, ceux qui le devenaient par suite de la loi Iunia Norbana, et des *peregrini*, savoir, ceux qui tombaient sous les dispositions de la loi Ælia Sentia [8] ou ceux qui perdaient le droit de cité par une condamnation criminelle [9], ou enfin les habitants des provinces conquises postérieurement à cette ordonnance, et les mercenaires barbares servant dans les armées romaines [10].

158. En prenant cette décision, Caracalla n'était point guidé par des idées libérales, mais uniquement par des motifs d'avidité. Par ce moyen, en effet, il soumit tous les sujets de l'empire aux impôts qui frappaient les citoyens, et particulièrement à la *vicesima hereditatum* [11].

[3] Cf. Tacite, *Annales*, XIII, 26, 27, et ci-après, t. III, § 336.

[4] Pline, *H. N.*, III, 4. 5. IV, 35. — Tacite, *Annales*, XV, 32. *Historiæ*, III, 56 et *passim*.

[5] Tite-Live, *epit.* CX. — Suétone, *César*, 41. 76. 80 ; Octave, 40. 47. — Tacite, *Ann.*, XI, 23.— Dion Cassius, XLI, 24. XLIII, 39. LIV, 45 et *passim*.

[6] Aurelius Victor, *de Cæsaribus*, 16.

[7] Dion Cassius, LXXVII, 9. — Fr. 17, D., *de statu hominum* 1, 5. — Spartianus, *Adrien*, 21.— C'est évidemment par suite d'une erreur que Justinien, dans sa *Novelle* 78, c. 5, attribue la mesure à Antonin le Pieux.

[8] Arg. Gaii *epitome*, I, 2. 3.

[9] Arg. Suétone, *Claude*, 16. — Fr. 10, § 6, D., *de in ius vocando* 2, 4. — Fr. 17, § 1, D., *de pœnis* 48, 19.

[10] *Voy.* en général, sur cette question, la dissertation de Haubold : « Ex constitutione imperatoris Antonini quomodo, qui in orbe romano essent, cives romani effecti essent. 1817. » — D'autres essais d'expliquer l'application de cette loi se trouvent dans les *Antiquités* de Heineccius, I, 4, 16.

[11] Dion Cassius, LXXVII, 9. — Caracalla porta même cet impôt à dix pour cent, *decima*. Mais son successeur Macrin rétablit la *vicesima*. *Voy.* ci-après, n° 161.

Cette mesure fiscale ne laissa pas que d'exercer une grande influence sur le développement du droit. D'un côté, les lois romaines sur l'état des personnes et les droits qui en dérivent reçurent une application plus étendue; d'un autre côté, par une réaction naturelle, les éléments rigoureux du droit romain s'affaiblirent et subirent de plus en plus l'influence du *ius gentium*.

ADMINISTRATION DE L'EMPIRE.

Des finances †.

159. Les dépenses publiques, déjà énormes vers la fin de la république, s'accrurent, sous l'empire, d'une manière effrayante. Parmi les causes de cet accroissement, nous distinguons surtout les besoins et les prodigalités de l'empereur et de sa cour, les armées permanentes distribuées dans toutes les parties de l'empire, les salaires considérables accordés aux fonctionnaires et employés dont le nombre augmente de jour en jour [1], la création et l'exploitation du service postal organisé pour les besoins de l'administration [2], les grands travaux publics, les distributions d'argent et de vivres faites aux classes nécessiteuses [3], les établissements de bienfaisance fondés par les empereurs [4].

160. En présence de ces besoins, il est facile de concevoir que le système des contributions dut recevoir de grands développements [5]. Il ne

† Serrigny, *Droit public et administratif*, t. II, nos 706-914.

[1] *Voy.* ci-dessus, no 155 *in fine*, et ci-après, no 172 *in fine*.

[2] La création du service postal remonte à Auguste (Suétone, *Octave*, 49); il reçut de grands développements dans l'époque suivante. *Voy.* ci-après, no 214.

[3] L'origine des distributions régulières de céréales, *frumentatio*, est due à la loi que Clodius fit adopter en 696. *Voy.* ci-dessus, p. 147, note 27. Sous l'empire, on organisa aussi des distributions de vin, d'huile, de sel, de viande, d'effets d'habillement, et surtout d'argent monnayé, qui, sous les noms de *donativa* et *congiaria* (de *congius*, mesure de liquides), prirent depuis Auguste des proportions considérables. Suétone, *Octave*, 37; *Tibère*, 20. 54; *Caligula*, 17; *Néron*, 10; *Domitien*, 4. — Tacite, *Ann.*, II, 42. XIII, 31. — Dion Cassius, XLIX, 43. LV, 22. LIX, 2. LX, 2. 25. LXXVI, 1. — Spartian., *Adrien*, 6; *Sévère*, 18. — Lampride, *Al. Sévère*, 22. 26. — Vopiscus, *Aurélien*, 47. 48 et *passim*.

[4] *Voy.* ci-après, § 23.

[5] Malgré le grand nombre de renseignements que l'antiquité nous a laissés à ce sujet, la matière dont il s'agit présente toujours de très-grandes difficultés qui ont engendré parmi les auteurs modernes des controverses très-variées sur les questions les plus importantes. (*Voir*, entre autres, ci-après, les notes 7 et 12.) Nous avons dû nous borner ici à donner un aperçu très-rapide, en renvoyant pour les détails aux ouvrages dans lesquels la matière est traitée *ex professo*, et parmi lesquels nous signalons : les travaux de Jacques Godefroi sur les divers titres du Code Théodosien qui se rapportent à notre sujet. — Deux dissertations de M. De Savigny, dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, tome VI, no 4, analysée par M. Pellat, dans la *Thémis*, tome X, année 1831, et tome XI, no I, 1. 2. (reproduites dans De Savigny, *Vermischte Schriften*, tome II, page 67). — M. Baudi di Vesme, *dei tributi nelle Gallie*. Turin, 1839; mémoire traduit par M. Ed. Laboulaye, dans la *Revue historique de droit français*, 1861, p. 365-406. — Dureau de la Malle, *Économie politique des Romains*, Paris, 1840. — M. Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, nos 321-337; 405-413. — Serrigny, *Droit public*, t. II, nos 706-914.

paraît pas cependant que la contribution personnelle d'après le cens, *tributum ex censu*, qui n'avait plus été levée depuis la conquête de la Macédoine [6], ait été rétablie comme un impôt régulier et permanent [7].

[6] *Voy.* ci-dessus, p. 145, note 10.

[7] La question de savoir si le *tributum ex censu* fut rétabli sous l'empire est des plus controversées. M. Walter se prononce énergiquement pour l'affirmative, tandis que le contraire est soutenu par De Savigny et d'autres. Le premier invoque principalement Plutarque, *Paul Emile*, 38. —Tacite, *Annales*, XIII, 51. —Appien, *de bellis civ.*, V, 130. —Dion Cassius, XLVII, 16. XLIX, 15. LII, 28. — Plutarque, *l. l.*, dit formellement que la conquête de la Macédoine fit affluer tant de métaux précieux dans le trésor qu'on cessa de faire payer le *tributum* jusqu'au temps des consuls Hirtius et Pansa ; ce qui implique que ces consuls rétablirent la levée de cet impôt qui n'avait jamais été aboli en droit. Les adversaires contestent cette conclusion, en disant que la mesure dont il s'agit n'était pas le rétablissement du *tributum ex censu*, mais un impôt extraordinaire et passager, une espèce d'emprunt forcé, un *tributum temerarium* (ci-dessus, p. 147, note 28). A l'appui de cette objection, ils invoquent : Appien, *de bellis civ.*, IV, 5. 32 sqq. V, 67, et Dion Cassius, XLVII, 14. 16. XLVIII, 34. Mais les mesures dont parlent ces textes n'ont rien de commun avec celle de Hirtius et Pansa ; elles furent prises, après la mort de ces consuls, par les triumvirs Antoine, Octave et Lepidus. Quelques-uns de ces passages s'accordent même avec l'opinion de M. Walter, notamment Appien, IV, 5, et Dion Cassius, XLVII, 16, lequel, en parlant des exactions des triumvirs, rapporte que les impôts auparavant abolis et ensuite rétablis ou ajoutés aux anciens affligeaient le peuple bien moins que les proscriptions. On a encore voulu argumenter contre M. Walter de Dion Cassius, LVI, 28, en prétendant que dans ce passage, Auguste, pour faire supporter son impôt sur les successions, donnait à entendre que, dans le cas où cet impôt serait supprimé, il faudrait le remplacer par le *tributum*. Mais le fait dont on argumente est inexact. Auguste dit, à la vérité, qu'il faudra rechercher d'autres sources de revenu, ἄλλους τίνας φόρους, mais il ne parle pas du *tributum;* la fin du chapitre fait plutôt allusion à l'impôt foncier. Enfin, le rétablissement du *tributum* paraît encore confirmé d'une part par Appien, V, 13, et Dion Cassius, XLIX, 15. LII, 28, où Auguste fait remise des tributs arriérés, et d'autre part surtout par Tacite, *Ann.*, XIII, 51, où nous lisons que Néron, pour favoriser le commerce des grains, ordonna, par un édit, *ne censibus negotiatorum naves adscriberentur, tributumque pro illis penderent.* Toutes ces preuves seraient cependant, d'après De Savigny, victorieusement écartées par une phrase du discours de l'empereur Claude aux habitants de Lyon (ci-dessus, p. 13, note 58), où ce prince se plaint de la besogne qu'entraîne l'opération du cens, surtout pour le motif que ce travail ne donne plus d'autre résultat que de faire connaître le chiffre de la fortune de ceux qui sont soumis à cette mesure : « quod opus quam arduum sit nobis, nunc cum maxime, quamvis nihil ultra quam ut « publice notæ sint facultates nostræ exquirantur, nimis magno experimento cognoscimus...... » (Faisons observer qu'immédiatement après le mot *cognoscimus*, la table est brisée et que le reste de l'inscription fait défaut.) Il n'est pas à méconnaître qu'à la première vue ce passage paraisse très-important; cependant l'argumentation de M. De Savigny admet deux objections. D'une part, comme le fait observer M. Walter, l'empereur parle, non pas de l'Italie en particulier, mais de l'empire entier : or, dans les provinces (et probablement vers cette époque à Lyon même) le cens donnait le résultat très-appréciable de fournir les éléments de l'impôt le plus productif, l'impôt foncier. D'autre part, il faut avouer que la plainte, telle qu'elle se produit, paraît par trop niaise : si l'opération du cens est réellement une besogne aussi onéreuse qu'inutile, l'empereur n'a qu'à dire un mot pour la faire disparaître. Dès lors il est permis de supposer que si nous avions la suite de la phrase, elle aurait un sens autre que celui qu'elle nous paraît présenter aujourd'hui dans sa rédaction mutilée.—Jusqu'ici la balance semble pencher du côté de M. Walter; aussi avions-nous, dans l'édition précédente, adhéré à son opinion. Aujourd'hui cependant, nous croyons devoir changer d'avis, par la considération suivante qui nous paraît décisive : Dion Cassius, LXXVII, 9, en parlant du droit de cité accordé à tous les sujets de l'empire par Caracalla, dit que cette mesure fut prise afin de soumettre tout le monde aux impôts dont étaient frappés les citoyens, tant aux nouveaux créés par Caracalla, qu'à celui du dixième, remplaçant la *vicesima*

Dans les provinces, les habitants continuèrent d'être soumis aux impôts personnels existants [8] et les terres, d'être grevées de l'impôt foncier, qui se payait, comme dans l'époque précédente, soit en nature, soit en argent, ce dernier mode se généralisant cependant de plus en plus [9]. — La levée de ces deux impôts directs fut régularisée et facilitée par le mesurage de toutes les parties de l'empire auquel Auguste fit procéder en 735 et qui fut suivi du recensement général des personnes et des biens, opération qui était renouvelée quand cela paraissait nécessaire [10]. L'Italie et les villes gratifiées du *ius italicum* n'étaient point sujettes à l'impôt foncier [11]. Cependant nous voyons déjà sous Aurélien une partie de l'Italie soumise à des prestations en nature, *annona* [12]; et sous Dioclétien et Maximien, elle fut tout entière privée de l'immunité de l'impôt foncier, qui jusque-là avait toujours distingué le sol italique du sol provincial [13].

161. Les autres impôts et recettes que nous avons mentionnés sous la

hereditatum. Or, si, à cette époque, le *tributum ex censu* avait existé, les nouveaux citoyens en auraient été frappés comme de l'impôt sur les successions. Et il est impossible d'admettre que Dion Cassius aurait omis de mentionner cette conséquence, bien plus importante que celle qu'il signale, d'autant plus que, loin de trouver après Caracalla la moindre trace du *tributum ex censu* dans les provinces, nous voyons dans l'époque suivante l'empire tout entier soumis à un seul et unique impôt régulier, l'impôt foncier, *iugatio* ou *capitatio*. Cf. ci-après, nº 226.

[8] *Voy.* ci-dessus, nºs 79. 109, et Appien, *de rebus syr.*, 50. – Josephus, *de bello Iud.*, VII, 6, 6. – Spartian., *Pesc. Niger*, 7. – Dion Cassius, LVII, 10. LXII, 3. LXVI, 7. – Fr. 3. 8, § 7, D., *de censibus*, 50, 15 et *passim*.

[9] *Voy.* ci-dessus, nºs 72. 79 *in fine*, 108 et les textes y cités, auxquels on peut ajouter : Hyginus, p. 205, 9 (198, Goës.). « Agri autem vectigales multas habent constitutiones. In quibusdam provinciis fructus partem constitutam præstant, alii quintas, alii septimas; nunc multi pecuniam, et hoc per soli æstimationem. Certa enim pretia agris constituta sunt, ut in Pannonia : arvi primi, arvi secundi, silvæ glandiferæ, silvæ vulgares, pascua. » – Le même, p. 116, 5 sqq. (205 sq. Goës.). – Josephus, *de bello Iud.*, II, 16, 4. – Dion Cassius, LXII, 3. – Orose, I, 8. – Tertullien, *apolog.*, 13. – Fr. 8, § 7, D., *de censibus* 50, 15, et ci-après, nº 227.

[10] *Voy.* Walter, *l. l.*, nºs 321 sq., et Serrigny, t. II, nºs 755-777. — Les Fr. 3. 4, D., *de censibus* 50, 15, énoncent les indications que doit contenir la déclaration du contribuable.

[11] *Voy.* ci-dessus, nºs 72. 108.

[12] D'où la distinction en *Italia urbicaria* et *Italia annonaria*. Trebellius Pollio, *XXX tyranni*, (23) 24. – Cf. L. 9. Th. C. 11, 16. – L. 1, Th. C. 14, 6.

[13] Aurelius Victor, *de Cæsaribus*, 39. « Hinc denique parti Italiæ (c'est-à-dire *à la partie de l'empire appelée Italie*) invectum tributorum ingens malum. Nam cum omnis eadem functione moderataque ageret (Maximianus) quo exercitus atque imperium, qui semper aut maxima parte aderant, ali possent, pensionibus inducta lex nova : quæ sane illorum temporum modestia tolerabilis, in perniciem processit his temporibus. » – Jo. Lydus, *de magistratibus* I, 4. « ... (Διοκλητιανός), ὃς πρῶτος στέφανον ἐκ λίθου τιμίας συγκείμενον τῇ κεφαλῇ περιθείς, ἐσθῆτά τε καὶ τοὺς πόδας ψηφώσας, ἐπὶ τὸ βασιλικὸν, ἢ τἀληθὲς εἰπεῖν, ἐπὶ τὸ τυραννικὸν ἔτρεψεν, ἀνεμετρήσατό τε τὴν ἤπειρον, καὶ τοῖς φόροις ἐβάρυνεν (tyrannorum morem transiit, demensamque terram tributis oneravit). » M. Walter, *l. l.*, nº 325 sq., n'admet point que l'Italie ait jusqu'à Dioclétien joui de l'immunité de l'impôt foncier. Il n'est pas à méconnaître que les deux passages que nous venons de citer n'ont pas *nécessairement* le sens que nous leur attribuons; mais il paraît difficile de contester l'immunité dont il s'agit en présence des passages bien explicites que nous avons cités ci-dessus, aux nºs 72. 108.

république continuent de subsister [14] et sont fréquemment aggravés [15]. De nouvelles contributions indirectes sont créées sur les vivres, sur la profession de négociant et d'artisan, sur le métier des femmes publiques, etc. [16]. Les hérédités vacantes, ainsi que toutes les successions et autres libéralités à cause de mort que les personnes gratifiées ne pouvaient ou ne voulaient recueillir, *caduca*, formaient, depuis la célèbre loi Julia et Papia Poppæa, rendue sous Auguste, une source importante de revenus [17]. Auguste créa également un impôt d'un vingtième sur toute succession échue au fisc [18], impôt qui fut doublé et étendu à tous les habitants de l'empire par Caracalla [19]. Il y eut, en outre, des droits sur les ventes publiques et sur toute vente d'esclaves [20]. Vers la fin de l'époque, nous voyons réapparaître les corvées [21].

162. Sous la république, il n'y avait eu qu'un seul trésor public [22].

[14] Particulièrement la *vicesima manumissionum*, les droits de port, de péage et de douanes, les impôts sur les salines, pêcheries et mines, dont le produit était, comme sous la république, donné à ferme, surtout aux publicains. *Voy.* ci-dessus, nos 78. 79, et ci-après, note 15, ainsi que Fr. 1, pr. D., *quod cuiuscunque universitatis nomine*. 3, 4. – Fr. 59, § 1, D., *de hered. instit.* 28, 5. – Tit. D., *de publicanis* 39, 4. – L. 1. 2. 3, C., *de vectigalibus et commissis* 4, 61. – L. 7, C., *de locato* 4, 65. – Le Fr. 16, § 7, D., *de publicanis* 39, 4, contient une énumération des articles sujets aux droits de douane sous le règne des Sévère.

[15] Du temps de Caracalla, le droit de douane s'élevait à un huitième de la valeur, *octavarum* ou *octavarium vectigal*. L. 7, C., *de locato* 4, 65. Cf. L. 7. 8, C., *de vectigalibus* 4, 61. – Caracalla doubla la *vicesima manumissionum*, que Macrin rétablit à son ancien taux. Dion Cassius, LXXVII, 9. LXXVIII, 12.

[16] L'impôt sur les vivres vendus à Rome, *macelli vectigal*, créé par Caligula (Suétone, *Calig.*, 40. 41. – Dion Cassius, LIX, 26) fut aboli plus tard. Pline, *H. N.*, XIX, 4 (19). — Pour les autres impôts, *voy.* Suétone, *Calig.*, 40; *Vespasien*, 16. 23. – Lampride, *Al. Sévère*, 24. 32. – Zonaras, XI, 17. — On connaît le bon mot de Vespasien à propos de l'impôt sur l'urine. Suétone, *Vespasien*, 23. – Tzetzes, *chil.*, 1.

[17] Ce revenu, d'abord attribué à l'ærarium, fut donné au fisc par Caracalla. *Voy.* ci-après, no 177.

[18] *Vicesima hereditatum et legatorum*, créé en faveur de l'*ærarium militare* par Auguste. Pline, *Panegyr.*, 37-40. – Dion Cassius, LV, 25. LVI, 28. – Capitol., *Antonin*, 11. — Un passage de Pomponius, Fr. 2, § 44, D., *de origine iuris* 1, 2, pourrait faire croire que déjà avant Auguste, il y ait eu une loi de *vicesima hereditatum*. Il y est dit, en effet, que le jurisconsulte Ofilius « de legibus vicesimæ primus conscripsit. » Mais comme la loi d'Auguste est partout présentée comme une innovation (précédée, à la vérité, d'une mesure arbitraire des triumvirs, suivant Appien, *de bellis civilibus*, V, 67), il y a lieu de se défier du texte de Pomponius. Peut-être les copistes ont-ils changé « de legibus xx l(ibros) primus conscripsit » en « de legibus xxmæ primus conscripsit. » Cf. ci-après, no 240, note 3.

[19] Dion Cassius, LXXVII, 9. Cf. Ulpien, *Coll. legum mosaicarum*, XVI, 9. Pour rendre l'impôt plus productif, Caracalla donna le droit de cité à tous les sujets de l'empire. Ci-dessus, no 157. Macrin rétablit l'ancien taux de l'impôt. Dion Cassius, LXXVIII, 12. Sous Justinien il avait cessé d'exister. L. 3, C., *de edicto Divi Hadriani tollendo* 6, 33.

[20] Ces impôts, *centesima* (plus tard *ducentesima*) *rerum venalium* et *quinquagesima* (plus tard 1/25) *venalium mancipiorum*, furent établis par Auguste en faveur de l'*ærarium militare*. Tacite, *Ann.*, I, 78. II, 42. XIII, 31. – Suétone, *Calig.*, 16. – Dion Cassius, LV, 25. 31. LVIII, 16. LIX, 9. – Fr. 17, § 11, D., *de verborum signif.* 50, 16.

[21] *Voy.* ci-après, no 229.

[22] *Voy* ci-dessus, no 78.

Auguste créa à côté de cet *ærarium populi* ou *senatus* une caisse militaire, *ærarium militare*, et la cassette particulière de l'empereur, *fiscus* [23]. Les divers revenus que nous avons énumérés étaient attribués à ces trois caisses d'après des bases qui ne demeurèrent pas toujours les mêmes [24]; le fisc se grossissait, en outre, des revenus provenant des biens particuliers du prince, des cadeaux offerts par les villes, des amendes pour les contraventions des douanes, des biens vacants et des successions que des particuliers lui léguaient [25]. Les biens des condamnés, *bona damnatorum*, étaient à la disposition de l'empereur, qui les assignait arbitrairement à l'une ou à l'autre des trois caisses [26].

L'administration de l'*ærarium populi*, d'abord laissée, comme sous la république, aux questeurs, fut ensuite confiée aux *præfecti ærarii*, sous la haute surveillance du sénat [27]; mais dès le milieu du troisième siècle, nous trouvons cette surveillance enlevée au sénat et transmise à un *procurator cæsaris* [28]. L'*ærarium militare* était administré par des *procuratores* et des *præfecti*, choisis par la voie du sort parmi les ex-préteurs, plus tard nommés librement par l'empereur [29]. Le fisc avait toujours été administré par des employés de l'empereur, *rationales*, *procuratores*, *actores* [30].

Quand les empereurs se furent emparés de l'administration des deux *æraria*, la différence entre ces trois caisses devint illusoire, et finit par se perdre entièrement. Le fisc les absorba toutes [31].

[23] *Ærarium militare*. Suétone, *Octave*, 49. – Dion Cassius, LV, 24. 25. 32. LVI, 28. — Le mot *Fiscus* désigne originairement un cabas dont on se servait pour recueillir les fruits (fiscos... quibus ad premendam oleam utimur. Fr. 19, § 2, D., *locati* 19, 2) et aussi pour faire des envois d'argent. Cic., *in Verrem*, I, 8. III, 1, 9. – Suétone, *Claude*, 18 et *passim*. Déjà, sous la république, le terme fut appliqué à toute caisse publique ou privée (comme nous trouvons le mot *cella* dans la même acception). Cic., *in Verrem*, II, 3, 85; *ad Quintum fratrem*, III, 4, 5. – Eutrope, II, 16. Mais, depuis Auguste, il est employé de préférence pour désigner la caisse particulière du prince, en opposition à l'*ærarium populi*, *senatus* ou *Saturni*. Frontinus, *de aquis*, 118. – Tacite, *Annales*, II, 47. VI, 2. – Pline, *Panegyr.*, 36. 42, et Spartien, *Adrien*, 7 et *passim*.

[24] *Voy.*, entre autres, la note suivante, et ci-dessus, notes 16-19. L'*ærarium militare* eut dès l'origine et conserva la *vicesima hereditatum et legatorum*, le *vectigal rerum venalium* et la *quinquagesima venalium mancipiorum*. *Voy.* ci-dessus, notes 18. 19. 20.

[25] Aggenus, p. 85, 15 (72, Goës.). – Pline, *H. N.*, XXXIII, 3 (16). – Dion Cassius, LXXVII, 9. – *Fragm. de iure fisci* 18. – Fr. 16, § 10, D., *de publicanis* 39, 4. – Tacite. *Ann.*, II, 48. – Fr. 96, § 1, D., *de legatis I* (30). – Fr. 6, § 3, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 1, § 2. Fr. 2, D., *de off. procur. Cæs.* 1, 19. Caracalla ajouta les *caduca Voy.* ci-dessus, note 16, et ci-après, n° 177.

[26] Tacite, *Ann.*, IV, 20. VI, 2. *Hist.*, 1, 90. – Dion Cassius, LV, 32.

[27] *Voy.* ci-dessus, p. 251, note 8, et Tacite, *Hist.*, IV, 9.–Dion Cassius, LIII, 16. 22. LXXI, 33. – Fr. 13. 42, § 1, D., *de iure fisci* 49, 14. – L. 1, C., *de compensationibus* 4, 31.

[28] Lampride, *Diadumenus*, 4. – Vopiscus, *Aurelien*, 9. 12. 20.

[29] Dion Cassius, LV, 25. — L'*ærarium militare* est encore mentionné dans une inscription du temps d'Elagabal. Orelli, *inscr.*, n° 946.

[30] Tacite, *Ann.*, XIII, 1. XIV, 54. – Pline, *Panegyr.*, 36. – Suétone, *Claude*, 28. – Dion Cassius, LII, 25. LIII, 15. – Tit. D., *de officio procuratoris Cæsaris vel rationalis* 1, 19.

[31] Dion Cassius, LIII, 22. Cf. ci-dessus, notes 28. 29, et ci-après, n° 226.

Administration de Rome.

163. L'administration de la justice dans la ville de Rome subit, pendant notre époque, des changements notables.

La loi des Douze Tables avait fait des comices des centuries, *comitiatus maximus*, le suprême tribunal criminel de tous les citoyens. Cette attribution, fortement amoindrie dans les derniers temps de la république par la création des tribunaux permanents, fut entièrement enlevée aux comices par Auguste [1]. Les *quæstiones perpetuæ*, qui, déjà sous la république, avaient compétence sur la plupart des crimes de quelque importance, subsistèrent pendant longtemps encore : nous en trouvons des traces jusque sous Septime Sévère [2]; mais leur importance fut affaiblie par diverses réformes qui commencent avec le règne d'Auguste. D'abord toutes les accusations de lèse-majesté et de trahison, ainsi que de malversation de la part des fonctionnaires, sont portées devant le sénat, qui juge également les accusations capitales dirigées contre les sénateurs [3]. La connaissance de plusieurs délits déterminés fut attribuée aux divers préfets siégeant à Rome [4]; enfin l'empereur Septime Sévère donna, au commencement du troisième siècle, au préfet de la ville la juridiction ordinaire de tous les crimes graves commis à Rome et dans les cent milles alentour [5]. L'empereur lui-même évoquait fréquemment des affaires criminelles ou en soumettait à la juridiction du sénat [6]; il était souvent aussi sollicité de statuer en appel [7]. — Le nombre des méfaits

[1] *Voy.* ci-dessus, p. 249, note 2.

[2] Tacite, *Ann.*, I, 72. VI, 16. XIV, 41. – Quintilien, *Inst. orat.*, III, 10. – Suétone, *Tibère*, 33. 58. – Capitol., *M. Anton.*, 24. – Papinien, Fr. 1, D., *de officio eius, cui mandata est iurisdictio* 1, 21.

[3] *Voy.* ci-dessus, n° 150. — Faisons observer, en passant, que le vers de Phèdre, *Fables*, III, 10, qui semble attribuer aux centumvirs une juridiction criminelle, repose évidemment sur un malentendu.

[4] Tacite, *Ann.*, VI, 11. – Tit. D., *de off. præf. urbi* 1, 12. – Tit. D., *de officio præfecti vigilum* 1, 15. – Fr. 56, § 1, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 2, D., *de effractoribus* 47, 18. – Fr. 13, D., *de accusationibus* 48, 2. « ... a præfecto annonæ... » – Cf. ci-dessus, n° 154 et Ulpien, *Mos. et Rom. leg. collatio*, XIV, 3, 1 sqq. « Frequens est etiam legis Fabiæ (de plagiariis) cognitio in tribunalibus Præsidum, quamquam quidam procuratores Cæsaris usurpaverint tam Romæ quam in provinciis. 2. Sed enim iam eo perventum est constitutionibus, ut Romæ quidem Præfectus urbis solus super ea re (i. e. lege Fabia) cognoscat, si intra miliarium centesimum sit in via commissa; enimvero, si ultra centesimum, Præfectorum prætorio erit cognitio; in provincia enim est Præsidum provinciæ... »

[5] Dion Cassius, LII, 21. – Fr. 1, pr. § 3. 4. 13. 14, D, *de officio præf. urbi* 1, 12. – Fr. 3, § 1. Fr. 4, D., *de off. præf. vigilum* 1, 15. – Fr. 8, § 5, D., *de pœnis* 48, 19. – Fr. 6, § 1, D., *de interdictis et relegatis* 48, 22.

[6] Tacite, *Ann.*, III, 10-16. 37. IV, 22. VI, 7-10. XIV, 50. – Pline, *Epist.*, VII, 6. – Suétone, *Octave*, 33; *Claude*, 15; *Domitien*, 8. – Dion Cassius, LV, 7. – Zonaras, X, 33.

[7] Fr. 6, § 8. 9, D., *de iniusto, rupto testamento* 28, 3. – Fr. 1, pr. D., *quando appellandum sit* 49, 4.

qualifiés de crime fut considérablement augmenté par la législation; en outre, les fonctionnaires étaient chargés de poursuivre extraordinairement tout fait qui leur paraîtrait punissable [8]. — Déjà sous la république, on avait, dans certans cas, accordé des récompenses aux citoyens qui amenaient la punition d'un criminel, en se portant accusateurs, même en dénonçant simplement un crime, *indices* [9]; mais sous l'empire l'accusation et la délation finirent par devenir un métier dont l'exercice fut tantôt encouragé, tantôt restreint [10], jusqu'à ce que, vers la fin de notre époque, on en fît une fonction publique [11]. — Le système pénal devient très-sévère, et se distingue surtout par une tendance fiscale. La peine de mort e. t fréquente, mais on applique plus souvent la relégation et la déportation, dont la dernière entraîne la perte des droits civils [12]. Les esclaves peuvent être condamnés aux mines, de même que les gens de basse extraction, qui alors deviennent esclaves [13]. Toutes les peines capitales emportent confiscation des biens [14]. L'emprisonnement n'est guère usité.

164. Le préteur conserva longtemps encore la haute direction du pouvoir judiciaire dans les affaires civiles. Cependant l'étendue de ses fonctions fut restreinte d'abord par les consuls, qui reprirent une partie de leur ancienne juridiction [15], et ensuite surtout par l'autorité toujours

[8] Fr. 1, § 3. Fr. 13, D., *de pœnis* 48, 19.

[9] *A*) Cic., *pro Cluentio*, 36. – Ps. Asconius, *in divinat.*, c. 11. p. 114 Orelli. — *B*) Tite-Live, XXXIX, 14. 18. – Salluste, *Catilina*, 30. – Appien, *de bellis civ.*, III, 54. Cf. IV, 73. – Ps. Asconius *in divinat.*, c. 11. p. 114 Orelli. On mentionne comme une catégorie intéressée d'*indices* des individus appelés *quadruplatores*, nom qui est difficile à expliquer d'une manière satisfaisante, malgré les renseignements qui nous sont donnés par Festus, v. *Quadruplatores* et Ps. Asconius *in divin.*, 7; *in Verrin.*, II, 2, 7. p. 110. 208 Orelli.

[10] Nous avons parlé, ci-dessus, n° 93, notes 111 sqq., des peines comminées contre la *calumnia*, la *prævaricatio* et la *tergiversatio*. Sous l'empire, les trois délits furent plus rigoureusement déterminés, et sous Néron (61), le *senatusconsultum Turpillianum* soumit la *tergiversatio* aux mêmes peines que la *calumnia:* amende de cinq écus d'or et l'infamie. Tit. D., *de calumniatoribus* 3, 6; C., *eodem* 9, 46; *de prævaricatione* 46, 15; *ad Sc. Turpillianum* 48, 16; C., *eodem* 9, 45.

[11] *Agentes in rebus, curiosi, stationarii.* Cf. ci-après, n° 209.

[12] De même que la *aqua et igni interdictio* qui subsiste encore pendant quelque temps. Tacite, *Ann.*, VI, 30. – Gaius, I, 90. 128. – § 2, I., *de capitis minutione* 1, 16. – Fr. 1, § 2, D., *de legatis* I (30). – Fr. 2, § 1, D., *de pœnis* 48, 19 et *passim*. — La *relegatio* ne constituait pas une peine capitale. Modestin, *fragm. ex libro differentiarum.* « Inter eum qui in insulam relegatur et eum qui deportatur, magna differentia est, ut ait Herennius : primo, quod relegatum bona sequuntur, nisi fuerint sententia adempta; deportatum non sequuntur, nisi palam ei fuerint concessa : ita fit, ut relegato mentionem bonorum in sententia non haberi prosit, deportato noceat : item distant et in loci qualitate, quod cum relegato quidem humanius transigitur; deportatis vero hæ solent insulæ adsignari, quæ sunt asperrimæ, quæque sunt paulo minus summo supplicio comparandæ. »

[13] Fr. 8, § 9. Fr. 14. 17. § 1. Fr. 28, § 1. 6, D., *de pœnis* 48, 19.–Fr. 5, § 2, D., *de extraordin. cognitionibus* 50, 13.

[14] Tite-Live, III, 58. – Tacite, *Ann.*, III, 68. IV, 20. – Fr. 8, § 1. 2, D., *qui testamenta facere possunt* 28, 1. – L. 1, C., *de pœnis* 9, 47.

[15] Fr. 28, § 14. Fr. 35, D., *de pœnis* 48, 19. – L. 6, C., *eodem* 9, 47, et ci-dessus, n° 152.

croissante des nouveaux fonctionnaires, particulièrement du préfet de la ville [16]. Mais ce qui diminua le plus l'importance des fonctions de préteur, ce fut le droit qu'avait l'empereur, en sa qualité de premier magistrat, de réformer les jugements prononcés par les autres magistrats [17]. Cet appel au prince n'était originairement autre chose qu'une demande de vouloir bien user du droit d'intercession, qui de tout temps avait appartenu à tout magistrat pair ou plus élevé, et particulièrement aux tribuns [18]. Mais l'efficacité de l'appel adressé à l'empereur était bien plus grande, puisque ce magistrat, après avoir infirmé le jugement qui lui était déféré, pouvait le remplacer par une sentence définitive et désormais inattaquable. Aussi les *appellationes* devinrent de plus en plus fréquentes, et les empereurs se virent bientôt amenés à régler d'une manière précise l'exercice de ce privilége [19], qu'ils ne tardèrent pas à déléguer également au sénat et à leurs fonctionnaires. Aussi nous trouvons que déjà avant la fin de notre époque, le *præfectus urbi* forme une instance d'appel pour les décisions de tous les autres magistrats de la ville. En tout cas, un dernier recours à l'empereur reste ouvert; car, en général, d'un juge délégué on peut appeler à celui qui l'a délégué [20].

Cette nouvelle institution des appellations ne fut pas sans exercer une grande influence sur la procédure en général. Dans la procédure ordinaire, l'examen de la question de droit était séparé de l'examen du fait : l'un se faisait par le magistrat, *in iure*, l'autre était abandonné au juge *in iudicio* [21]. L'empereur, au contraire, statuant en appel, s'occupait des deux questions à la fois. Ce mode de juger, employé fréquemment par lui aussi dans les affaires qu'il examinait en première instance, fut bientôt suivi par les juges que le prince avait institués, et devint de plus en plus fréquent, surtout dans les cas nouveaux qui n'étaient prévus que par des dispositions récentes, jusqu'à ce que Dioclétien en fît la règle générale

[16] *Voy.* ci-dessus, nº 154.

[17] Souvent aussi les empereurs jugeaient eux-mêmes en première instance, soit en donnant un *iudex* pour examiner les faits, soit en jugeant seuls l'affaire entière. VALÈRE-MAXIME, VII, 7, 3. 4. — SUÉTONE, *Octave*, 32. 33; *Claude*, 15; *Néron*, 15; *Domitien*, 8. — TACITE, *Annales*, II, 48. — PLINE, *epist.*, VI, 31. — DION CASSIUS, LIII, 21. LX, 4. — CAPITOL., *Marc Aurèle*, 10. — PAUL, V, 5ª. 1. — Fr. 18, § 1. 4, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 1, § 4, D., *a quibus appellare non licet*, 49, 2. — L. 3, C., *de iudiciis* 3, 1.

[18] *Voy.* ci-dessus, nºs 52. 64. — Il est à remarquer que, sous la république, le mot *appellare* est particulièrement usité quand il s'agit d'un appel à la protection des tribuns. CIC., *pro Quinctio*, 7. 20. 21 ; *in Vatinium*, 14. — TITE-LIVE, III, 13. 56. VI, 27. XXXVIII, 60. XLIII, 16. — AULU-GELLE, VII, 19.

[19] Titt. D., 49, 1-14. — Titt. C., 7, 62-70.

[20] TACITE, *Ann.*, XV, 28. — SUÉTONE, *Octave*, 33; *Néron*, 17. — DION CASSIUS, LI, 19. LII, 21, 33. LIX, 8. — Fr. 38, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 21, pr. D., *de appellationibus*, 49, 1. — Fr. 1, pr. Fr. 3, D., *quis et a quo appellatur* 49, 3.

[21] *Voy.* ci-dessus, nº 97.

par une constitution dont nous ferons connaître la teneur et la portée dans l'époque suivante [22].

165. La décadence des autres magistratures urbaines fut encore plus rapide que celle de la préture. Elle fut accélérée entre autres par la division de la ville qu'Auguste établit en quatorze régions [23], dont chacune était subdivisée en *vici*, au nombre de trois cent sept vers la fin de notre époque [24]. Il est vrai que les préposés de ces *vici* étaient élus par le peuple; mais ils étaient subordonnés aux préteurs, aux tribuns et aux édiles qui, à leur tour, étaient sous la surveillance et direction du préfet de la ville, de qui relevaient également les autres préfets résidant à Rome [25]. L'on attribue à Alexandre Sévère la création de quatorze *curatores*, choisis parmi des personnages consulaires et appelés à délibérer avec le préfet de la ville sur les questions importantes [26]. — Pendant longtemps encore, ce fut l'*ærarium populi* qui pourvoyait aux dépenses de la ville; mais vers le milieu du troisième siècle, il y eut une caisse communale, *arca publica*, administrée par le sénat, lequel, comme nous l'avons déjà fait observer, se trouva, depuis les Sévère, réduit au rôle d'un simple conseil municipal sans pouvoir politique, bien que jouissant de nombreux priviléges qui le distinguaient des curies des autres villes.

Administration de l'Italie et des villes libres.

166. Les villes d'Italie et les autres villes libres de l'empire n'échappèrent pas plus que Rome à l'influence de l'autocratie des empereurs.

Au commencement de l'empire, les priviléges de l'Italie furent encore respectés durant quelque temps. Cependant la division de ce pays en onze régions, qui fut établie par Auguste [1], prépara la voie à des mesures administratives conçues dans un esprit de centralisation monarchique.

[22] *Voy.* ci-après, nº 222.

[23] De ces régions, treize comprenaient la ville de Rome proprement dite, située tout entière sur la rive gauche ou orientale du Tibre; la quatorzième était formée par la partie transtibérine qui se compose principalement du Janicule. L'empereur Aurélien agrandit encore considérablement la partie orientale de la ville dans toutes les directions, mais surtout du côté nord, où il ajouta le mont *Pincius* et le versant et la plaine qui s'étendent entre les monts Capitolin, Quirinal, Pincius et le fleuve. Le mur, dont Aurélien voulut entourer la ville ainsi agrandie, fut achevé par l'empereur Probus.

[24] Suétone, *Octave*, 30. — Dion Cassius, LV, 8 *in fine*. — Orelli, *inscr.*, nº 736. — *Voy.*, sur cette division de la ville, l'excellente dissertation qui forme l'appendice deuxième de l'ouvrage de M. Egger, *Examen critique des historiens anciens de la vie et du règne d'Auguste*. Paris, 1844.

[25] Suétone et Dion Cassius, *ll. ll.* — Gothofredus, *notitia dignit. Cod. Theod.*, p. 11.

[26] Lampride, *Al. Sévère*, 33. — Orelli-Henzen, *inscr.*, 6507. — D'après Lydus, *de magistr.*, I, 49. II, 19, Domitien aurait déjà créé douze *præfecti urbis*.

[27] Vopiscus, *Aurélien*, 20. 45.

[1] Pline, *H. N.*, III, 5 sqq.

Déjà sous Titus, nous trouvons un *proconsul Campaniæ* [2], et à partir d'Adrien, le dessein d'assimiler l'administration de l'Italie à celle des provinces se manifeste clairement. Cet empereur divisa l'Italie entière, à l'exception de Rome, en quatre districts dont il confia le gouvernement à des *consulaires* que Marc-Aurèle remplaça par de simples juges, *juridici* [3]. Enfin, vers la fin de notre époque, les districts sont administrés, comme les provinces, par des *præsides* ou *correctores* [4].

Ces changements influèrent naturellement sur la condition des municipes d'Italie [5]. Comme dans l'époque précédente, les premiers magistrats de ces villes sont habituellement *II viri iuri dicundo* [6], mais leur juridiction est bornée à des sommes déterminées [7], et on ne leur permet pas de faire les actes judiciaires, qui émanent plutôt du pouvoir exécutif que de la juridiction [8]. L'appel de leurs décisions est porté devant le préteur ou le *præses* [9]. Ils n'ont plus de juridiction criminelle. Elle est exercée

[2] Orelli, *inscript.*, n° 753.

[3] Spartien, *Adrien*, 22. Cf. Appien, *de bellis civil.*, I, 38. — Capitol., *Pius*, 2. 3; *Marc Aurèle*, 11. — Dion Cassius, LXXVIII, 22. — *Vaticana fragm.* 232.

[4] Dion Cassius, LII, 22. 41. LXXVIII, 22. — Vopiscus, *Aur.*, 39. — Trebellius Pollio, *triginta tyranni*, 24. — Aurel. Victor, *de Cæsaribus*, 35. — Eutrope, IX, 9.

[5] Municipes, colonies et préfectures. Cf. ci-dessus, p. 197, note 3, et page 201, note 33. Les renseignements que nous avions sur la condition des municipes dans les premiers temps de l'empire ont été considérablement augmentés en 1851 par la découverte de deux tables de bronze, qui contiennent les règlements municipaux, accordés par l'empereur Domitien (*leges datæ*) aux deux municipes latins de Malaga et de Salpensa, et que l'on appelle par ce motif les TABLES DE MALAGA et de SALPENSA. Cf. ci-dessus, p. 8, n° 10. — Comme nous avons déjà mis à profit les renseignements fournis par ces tables, quand nous nous sommes occupé de l'organisation municipale des derniers temps de la république (ci-dessus, n° 106), nous croyons pouvoir être très-bref ici. Le lecteur qui désire augmenter le nombre très-modeste de citations d'inscriptions que nous avons empruntées aux recueils connus (où elles abondent pour l'époque impériale), n'a qu'à prendre la table, *index*, ajoutée au recueil d'Orelli-Henzen, t. III, au mot *Res municipalis*, p. 150-170.

[6] Orelli-Henzen, *index*, v° *Duoviri*, p. 154. A cause de leur position éminente, les *II viri iuri dicundo* sont par excellence appelés MAGISTRATUS. Cf. ci-après, n° 222. — Nous avons déjà fait observer que fréquemment la dignité de duumvir était offerte à l'empereur ou à des membres de la famille impériale, lesquels, dans ce cas, se faisaient remplacer par des *præfecti*. Table de Salpensa, c. 24. — Orelli-Henzen, *Table*, v. *Imperatores et principes*, p. 159. — Cf. ci-dessus, p. 205, note 62.

[7] Les contestations dont la valeur excédait la compétence des magistrats municipaux étaient portées devant le préteur de Rome; plus tard, devant les *iuridici, præsides et correctores*. Dion Cassius, LXIII, 47. 49. LVII, 20. — Fr. 1, 4, §§ 3, 4, D., *de damno infecto* 39, 2, et ci-dessus, note 4. — L'origine de ces restrictions remonte aux derniers temps de la république. Lex de Gallia cisalpina, c. 21, et ci-dessus, p. 206, note 72. Au reste, les parties pouvaient proroger la juridiction des magistrats municipaux. Fr. 28, D., *ad municipalem* 50, 1. — Paul, V, 5, 1.

[8] *Voy.* ci-dessus, p. 206, note 71, et Fr. 26, D., *ad municipalem* 50, 1. « Ea quæ magis imperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. » Ainsi, ils ne peuvent pas envoyer en possession ni restituer en entier; ils n'ont pas même le droit d'accorder une *in factum actio.* (*Voy.* ci-dessus, n° 126). Paul, II, 25, 4. — Fr. 26, D., *cité.* — Fr. 4, D., *de iurisd.*, 2. 1. — Fr. 1. 4, §§ 3. 4, D., *de damno infecto* 39, 3. — L. 4, C., *de vindicta libertate* 7, 1.

[9] Trebellius Pollio, *triginta tyranni*, 24. — Vopiscus, *Aurelien*, 39. — *Vatic. fragm.*, 232. — Fr. 4, § 3. 4, D., *de damno infecto* 39, 2.

par le préfet de la ville dans les cent milles à l'entour de Rome, et par les *correctores* dans les parties plus éloignées [10]. A côté des duumvirs se trouvent des édiles, que l'on comprend parmi les magistrats judiciaires sous la dénomination commune de *IV viri iuri dicundo* [11]. Les duumvirs qui tiennent le cens sont, en outre, appelés *quinquennales* [12]. L'administration de la caisse communale, d'abord confiée à des questeurs, est plus tard transférée à un *curator reipublicæ*, nommé par l'empereur [13]. L'ordre des décurions (*senatus, curia*) subsiste toujours [14]; et de même qu'à Rome les élections et une partie du pouvoir législatif passent du peuple au sénat, de même la curie, dans les autres villes, finit par remplacer les assemblées des bourgeois [15]. De cette manière il se forme insensiblement une noblesse municipale, et l'on s'habitue à opposer les familles des décurions aux autres habitants, appelés *plebeii* ou *humiliores* [16]. Aussi exige-t-on des membres de la curie un cens qui, du temps de Pline, s'élevait dans la ville de Côme à cent mille sesterces [17]. Cet état de choses

[10] *Voy.* ci-dessus, p. 262, note 5, et ULPIEN, *Coll. leg. Mos. et Rom.*, XIV, 3. — Fr. 12, D., *de iurisdictione* 2, 1. — AMMIAN. MARCELL., XV, 7. 5.

[11] *Voy.* ci-dessus, p. 204, note 59, et ORELLI-HENZEN, *index*, vv. *Quattuorviri. Ædiles*, p. 155-158. Nous trouvons aussi des *Octoviri*, comprenant les *II viri*, les *ædiles*, deux préposés du trésor (*ærarii*) et deux *curatores fanorum*. ORELLI-HENZEN, *inscr.*, n°s 3963. 3965 sqq. 7125-7127. Il y a même des inscriptions qui mentionnent des *X, XII, XX viri*. ORELLI-HENZEN, n° 7129.

[12] *Voy.* ci-dessus, p. 205, note 66, et ORELLI-HENZEN, *index*, v. *Censores*, p. 157.

[13] TABLE DE MALAGA, c. 53. 54. 60; DE SALPENSA, c. 26. 27. — ORELLI-HENZEN, *index*, vv. *Quæstores. Curatores*, p. 160. 161. — Fr. 18, § 9, D., *de muneribus* 50, 4. — Fr. 1. § 4. 6. Fr. 3, § 1 sqq. Fr. 9, D., *de administratione rerum ad civitates pertinentium* 50. 8.

[14] Une table de bronze, trouvée en 1675, nous a conservé l'*album* des décurions de la ville de Canusium de l'an de l'ère chrétienne. Ce tableau contient d'abord 30 *patroni*, sénateurs romains et 2 *patroni*, chevaliers romains; ensuite 7 *quinquennales*, 4 *allecti inter quinquennales*, 22 *duumviralicii*, 19 *ædilicii*, 9 *quæstoricii*, 32 *pedani*, 25 *prætextati*. L'inscription, publiée d'abord par FABRETTI, se trouve, entre autres, dans DE SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, t. I, chapitre deuxième. — GUIZOT, *Histoire de la civilisation en France*, t. I, leçon deuxième. — ORELLI, *inscr.*, n° 3721, où elle est abrégée.

[15] On dit souvent que ce changement eut déjà lieu sous Tibère. C'est évidemment une erreur. La TABLE DE MALAGA, c. 51-59, mentionne encore les comices pour l'élection des magistrats. Il est parlé d'élection des magistrats municipaux à des époques bien plus récentes (entre autres dans le Fr. 18. §9, D., *de muneribus*, cité à la note 13 et qui est du jurisconsulte Arcadius Charisius, sous Constantin); mais il est difficile d'admettre qu'il ait pu y avoir alors des élections libres. Cf. CONSTANTIN, L. 1, Th. C., *quemadmodum munera civilia indicantur* 12, 5.

[16] PAUL, V, 4, 10. V, 19, 1. — Fr. 9, § 15. Fr. 10, § 2. Fr. 38, § 2, D., *de pœnis* 48. 19. — Fr. 2, § 3. Fr. 7, § 2, D., *de decurionibus* 50, 2 et *passim*. — Pour ne pas laisser de lacunes, nous rappellerons qu'une confrérie qui, sous le nom d'*Augustales*, s'était formée pour le culte de l'empereur Auguste, acquit, par suite du servilisme toujours croissant, une importance assez grande pour former, dans les villes de l'empire, une classe sociale intermédiaire entre les décurions et la plèbe. On peut consulter à ce sujet deux articles de M. EGGER, le premier formant le deuxième appendice de son *Examen critique des historiens de la vie et du règne d'Auguste*, p. 357, et le second dans la *Revue archéologique*, 3e année, p. 635. 774, ainsi qu'ORELLI-HENZEN, *Table*, v. *Augustales*, p. 165.

[17] PLINE, *epist.*, I, 19. — FRONTON, *epist. ad amicos*, II, 11.

cependant ne tarda pas à se modifier profondément : les fonctions curiales finirent par devenir si onéreuses que, non-seulement elles ne furent plus recherchées, mais que l'on se vit forcé de recourir à des mesures coercitives pour avoir des décurions [18].

167. L'Italie conserva jusqu'au règne de Dioclétien et Maximien les droits que, dans l'époque précédente, nous avons indiqués comme formant l'élément constitutif du *ius italicum*. Son territoire jouit du privilége de la propriété romaine, et partant, est exempt de l'impôt foncier, auquel les provinces sont assujetties. Cette faveur est souvent accordée à des villes provinciales, *coloniæ* et *civitates iuris italici* [19]. Sous les empereurs, certains droits personnels sont même assurés aux habitants de l'Italie et des villes qui jouissent du *ius italicum*. Ainsi, quand on eut commencé à accorder des priviléges aux époux qui avaient des enfants légitimes, *ius liberorum*, on exigeait cinq enfants dans les provinces, tandis que le nombre de trois ou quatre suffisait, en Italie et dans les villes qui avaient le *ius italicum*, pour assurer cet avantage [20].

L'organisation des villes libres en dehors de l'Italie demeure, en général, telle qu'elle était auparavant, sauf à subir également l'influence de l'esprit de centralisation, qui tend à introduire l'uniformité dans le régime des villes comme partout ailleurs [21].

Administration des provinces.

168. Le régime provincial n'avait guère besoin de subir de grandes modifications pour être conforme à l'esprit nouveau qui caractérise le gouvernement impérial.

Le sol provincial demeure, comme sous la république, en dehors du *dominium ex iure Quiritium* et soumis à l'impôt foncier [1]. Cependant la condition des possesseurs fut de plus en plus assimilée à celle de véritables propriétaires [2]. Les terres du domaine public furent en grande partie usurpées par des particuliers, et surtout absorbées par les empereurs,

[18] Fr. 6, § 5, D., *de decurionibus* 50, 2. – Fr. 6, pr. D., *de muneribus* 50, 4, et ci-après, n° 220.

[19] *Voy.* ci-dessus, n°s 72. 108, et ci-après, n° 168.

[20] « Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura possunt excusari. » Pr. I., *de excusat. tutor.* 1, 25. – *Voy.* aussi *Vatic. fragm.*, 191-192. 247. – Fr. 3, § 6. Fr. 4, pr. D., *de muner.* 50, 4. – Fr. 8, pr. D., *de vacat.* 50, 5. – L. 1, C., *qui numero*, 5, 66. – L. 5, 6, C., *de his qui numero.* 10, 51. Cet avantage, au reste, ne peut pas être envisagé comme un élément compris dans le *ius italicum* : il n'avait rien de territorial, il ne constituait pas même un privilége personnel ; car il dépendait uniquement du fait de l'habitation et s'obtenait ou se perdait par un simple changement de résidence. Cf. *Vaticana fragmenta*, 191. 247.

[21] Cf. ci-après, n° 171.

[1] *Voy.* ci-dessus, n° 108, et ci-après, §§ 91. 92.

[2] *Voy.* ci-après, § 91, *B*.

fundi patrimoniales [3]. — Outre les contributions indirectes, les empereurs conservèrent l'ancien impôt foncier et personnel, qu'ils eurent soin d'asseoir d'une manière plus régulière au moyen d'un cadastre et de rôles personnels, dont le premier établissement remonte au temps d'Auguste [4]. — Comme autrefois, et plus fréquemment, les empereurs accordaient, à titre de récompense ou de faveur, des immunités d'impôts. Une forme générale de pareille immunité était l'octroi du *ius italicum*, qui avait pour effet de donner au territoire de la ville que l'on en gratifiait les deux priviléges propres au sol de l'Italie, savoir, la faculté de pouvoir être *in dominio ex iure Quiritium* et l'avantage d'être exempt de l'impôt foncier [5]. Nous trouvons chez Pline l'Ancien les premières traces de ce privilége [6], dont les empereurs se montrèrent peu prodigues et qui subsiste encore sous Justinien [7].

169. Depuis Auguste, on distingue deux catégories de provinces : l'une comprenant les provinces du peuple, dont l'administration est confiée au sénat; l'autre soumise au gouvernement direct du prince, *provinciæ Cæsaris*. Ces dernières étaient, en général, les plus importantes et celles qui étaient le plus exposées aux invasions des Barbares [8]. — Le sénat envoyait dans ses provinces des consulaires ou des ex-préteurs, ordinairement appelés *proconsules*, qui étaient assistés de lieutenants, *legati* [9]. Les finances étaient administrées par des questeurs. Dans les provinces de l'empereur, il n'y avait pas de proconsuls : le prince se

[3] *Voy.* ci-dessus, nº 88. — Aggenius Urbicus, p. 85, 15 (72, Goës). « Eiusmodi lites non tantum cum privatis hominibus habent (respublicæ), sed et plerumque cum Cæsare, qui in provincia non exiguum possidet. »

[4] *Voy.* ci-dessus, nº 160.

[5] Nous avons exposé la nature de ce privilége avec assez de précision, *voy.* ci-dessus, nºs 72. 108. 167, pour que nous puissions nous borner ici à réunir les passages des anciens qui en font mention : Pline, *H. N.*, III, 3 (25) 21 (139). — Tit. D., *de censibus* 50. 15. — L. un. Th. C., *de iure italico urbis Constantinopolitanæ* 14, 13. — L. 45, Th. C., *de episcopis* 16, 2) L. un. I. C., *de privilegiis urbis Constantinopolitanæ* 11, 20. — Cf. Frontin, p. 35, 13 (76, Goës). — Gaius, 1, 120. — Ulpien, XIX, 1.

[6] Nous trouvons peu de villes gratifiées du *ius italicum :* neuf chez Pline, *H. N.*, III, 3 (25) ; 21 (139); moins de trente, parmi lesquelles Lyon, Vienne et Cologne, dans les Fr. 1. 6. 7. 8, D., *de censibus* 50, 15 ; enfin la ville de Constantinople. L. 1, Th. C., 14, 13 et L. 1, I. C., 11, 20, *citées* dans la note précédente.

[7] Tit. D., *de censibus* 50, 15. — L. 1, I. C., *de privil. urbis Const.* 11, 20. — Tout fait supposer que le privilége de l'immunité de l'impôt foncier continua de faire partie du *ius italicum* artificiel, même après que l'Italie elle-même eut été soumise à cet impôt.

[8] Tacite, *Ann.*, I, 76. 80. — Suétone, *Octave*, 47; *Claude*, 25. — Strabon, XVII, 3, 25. — Dion Cassius, LIII, 12-15. LIV, 4. LX, 24. — Capitol., *M. Anton.*, 22. — Lampride, *Al. Sévère*, 24. — C'est à cette diversité du mode d'administration que se rapporte, pendant notre époque, la division des fonds provinciaux en *prædia stipendiaria*, payant l'impôt au peuple ou au sénat, et *prædia tributaria*, payant impôt à l'empereur. Gaius, II, 21. — § 40, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Théophile *ad h. l.* et *passim*. Cf. ci-dessus.

[9] Cf. ci-dessus, nº 110. Il importe de ne pas confondre ces *legati*, lieutenants des proconsuls

réservait cette dignité à lui-même et n'y envoyait que des lieutenants, *legati Augusti pro prætore*, qui, par la suite, reçurent le nom de *præsides* ou *correctores* [10]. Les fonctions de trésorier y étaient remplies par un comptable, *rationalis* ou *procurator Cæsaris,* qui était ordinairement un chevalier ou un affranchi de l'empereur [11]. Au reste, cette organisation n'est pas partout identiquement la même : quoiqu'une tendance bien prononcée vers l'uniformité se fasse remarquer, nous rencontrons encore des différences assez notables soit dans le mode d'administration, soit dans les titres et les attributions des gouverneurs [12]. — Nous trouvons aussi, comme dans l'époque précédente, des assemblées de députés provinciaux; mais ces assemblées n'ont guère d'autre mission que de décreter des mesures en faveur du culte ou en l'honneur de l'empereur et de ses fonctionnaires, et de porter au pied du trône une supplique quelconque, peut-être même l'expression modeste de quelque grief [13].

170. C'est dans l'administration de la justice que l'uniformité, vers laquelle tendaient les efforts des empereurs, s'introduisit avec le plus de lenteur. En général, on laissa subsister les droits nationaux; cependant, les lois, les sénatus-consultes, les constitutions impériales et les édits des gouverneurs finirent par faire prévaloir la législation romaine, qui, par contre, ne put se soustraire à l'influence des droits étrangers, *ius gentium* [14]. Les gouverneurs continuèrent à rendre la justice comme autrefois, en tenant leurs assises, *conventus*, dans les différentes villes de

avec les *legati Augusti,* à la note suivante. Ces derniers avaient le même rang que les proconsuls et les propréteurs et pouvaient déléguer leur juridiction, ce qui n'était pas permis aux légats des proconsuls qui n'avaient eux-mêmes qu'une juridiction déléguée.

[10] SUÉTONE, *Claude,* 17. – SPART., *Adrien,* 13. – LAMPRIDE, *Al. Sévère,* 46. – EUTROPE, IX, 13. – GAIUS, I, 200. – ULPIEN, III, 3. VIII, 2. 3. 4. 5. – Tit. D., *de officio præsidis* 1, 18; particulièrement pour le terme *correctores*, les Fr. 10. 20, D., *eodem* et *passim.* — Le terme *præses* finit par prévaloir. Déjà du temps d'Alexandre Sévère, le jurisconsulte MACER, Fr. 1, D., *de officio præsidis* 1, 18, nous dit que le titre *præses* est général, comprenant les *proconsules,* les *legati principes* et *omnes provinciæ regentes.*

[11] GAIUS, I, 6. – Tit. D., *de officio procuratoris Cæsaris* 1, 19. Il avait aussi une juridiction fiscale. SUÉTONE, *Claude,* 12. – TACITE, *Annales,* XII, 60. – Fr. 9, pr. D., *de officio proconsulis* 1, 16. – Fr. 8, § 19, D., *de transactionibus* 2, 15. – L. 2, C., *si adversus fiscum.* 2, 37. – L. 1, C., *de iurisdictione* 3, 13. – L. 1-5. C., *ubi causæ fiscales* 3. 26.

[12] Ainsi l'Égypte était administrée par un *præfectus Augustalis* résidant à Alexandrie, qui relevait directement de l'empereur. TACITE, *Ann.*, II, 59. – Tit. D., *de off. præf. August.*, 1, 17. La Judée était soumise à un *procurator* sous les ordres du *præses* de la Syrie. TACITE, *Ann.*, XII, 54. –JOSÈPHE, *Antiq. Iud.*, XVIII, 1, 4.

[13] TACITE, *Annales,* XV, 20 sq. – PLINE, *epist.*, III, 4, 2. – Cf. Fr. 37, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 1, pr. D., *de abigeis* 47, 14. – Fr. 5, § 1, D., *ad legem Iuliam de vi publica* 48, 6. – Fr. 1, § 1, D., *de appellationibus* 49, 1. *Voy.* encore ci-après, nº 221. — L'ouvrage de M. BOISSIEU, *Inscriptions de Lyon,* et un article de M. MOMMSEN, publié *sur l'inscription de Thorigny,* dans les *Berichte der sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Phil. hist. A.* 1852, contiennent des détails intéressants sur ces *concilia provinciarum.*

[14] Cette action réciproque, dont nous avons signalé des traces déjà sous la république (nº 112)

la province, soit par eux-mêmes, soit par leurs lieutenants auxquels ils déléguaient la *iurisdictio* [15]. Dans cette dernière hypothèse, les parties avaient la faculté d'interjeter appel auprès du gouverneur, comme il y avait aussi auprès de lui appel des sentences rendues par les juridictions municipales [16]. Nous avons montré ailleurs l'influence que l'intervention de l'empereur dans l'administration de la justice, surtout à la suite des *appellationes*, exerça sur la procédure; il ne nous reste qu'à dire que la constitution de Dioclétien et Maximien qui, en 294, abolit la séparation du *ius* et du *iudicium*, s'applique à l'empire entier [17]. — La juridiction criminelle appartient naturellement au gouverneur, qui cependant abandonne d'habitude aux autorités communales la police judiciaire et l'instruction des affaires [18].

171. Comme sous la république, il y eut aussi, pendant notre époque, des villes privilégiées, placées en dehors de l'action régulière du gouverneur [19]. Depuis que Sulla eut donné l'exemple des établissements militaires, le nombre des colonies augmenta d'une manière rapide dans la Gaule, l'Espagne, la Grèce et jusque dans les parties les plus reculées de l'empire; les anciens municipes et préfectures continuèrent de subsister [20] et les empereurs accordèrent fréquemment la qualité et la condition de colonie, de municipe ou de cité libre [21]. Mais, d'une part, les priviléges dont ces villes sont munies s'amoindrissent de jour en jour;

se montre avec plus d'énergie pendant notre époque. PLINE, *Epist.*, X. 71. 72. 77. 88. 109. 110 (Cf. Fr. 37, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5). – GAIUS, I. 6. 47. 92. 183. 185. 189. 195. 197. 198. III, 96. 121. 122. 134. – *Fragm. de manumissionibus* 12 (14). – Fr. 41, § 6, D., *de legatis* I (30). – L. 3, C., *de servis reipublicæ* 7, 9. – L. 4, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71. *Voy.* aussi ci-après, §§ 58. 111, et t. II, § 247 *in fine.*

[15] *Voy.* ci-dessus, p. 210, note 29, et CÉSAR, *de bello gallico*, V, 1. – PLINE, *epist.*, X, 85. – JUSTIN, XII, 13. – THÉOPHILE *ad Instit.*, I, 6. 4.

[16] DION CASSIUS, LII, 33. – GAIUS, I, 6. – Fr. 4. 8. 12. 13. 15, D., *de officio proconsulis* 1, 16. – Fr. 10. 11. D., *de officio præsidis* 1, 18. – Fr. 1. 2, D., *quis, a quo appelletur* 49, 3. – Cf. ci-après, nº 221.

[17] *Voy.* ci-dessus p. 263, note 22 et ci-après, nº 223.

[18] DION CASSIUS, LIII, 14. – Fr. 6. 11, D., *de off. procons.* 1, 16. – Fr. 6, § 8, D., *de off. præs.* 1, 18. – Fr. 3, D., *de iurisdictione* 2, 1. – Fr. 3. 10, D., *de custodia reorum* 48, 3. – Dans la Judée, le collége des prêtres, sous la présidence du pontife, avait même la juridiction criminelle en matière religieuse, mais leurs jugements avaient besoin d'être confirmés par le procureur impérial. *Évangiles de saint Matthieu* (chapitres 27, 28), *de saint Marc* (chap. 14, 15), *de saint Luc* (chapitres 22, 23), *de saint Jean* (chap. 18, 19).

[19] *Voy.* ci-dessus, nºs 102 et 110 *in fine.*

[20] Les préfectures cependant n'apparaissent plus après Caracalla. PAUL, IV, 6. 2.

[21] Ces octrois sont trop nombreux pour que nous puissions citer des exemples. Nous nous bornons à faire observer : 1º que l'étendue des priviléges accordés dépendait de la teneur de l'acte d'octroi; 2º que ces faveurs étaient naturellement révocables à volonté (SUÉTONE, *Octave*, 47; *Tibère*, 37. – TACITE, *Annales*, IV, 36. – DION CASSIUS, LVII, 24); 3º que la qualité de municipe ou de colonie attribuée à une ville ne changeait la nature provinciale du territoire que si la cité avait spécialement reçu le *ius italicum*. *Voy.* ci-dessus p. 199, note 18, et Fr. 1, § 3. 4. 6. Fr. 7, § 7, D., *de censibus* 50, 15.

d'autre part, les besoins d'une administration de plus en plus compliquée font attribuer aux villes non privilégiées l'organisation municipale qui avait originairement distingué les villes libres : il s'opère ainsi graduellement une assimilation de toutes les villes, que nous trouvons accomplie dans l'époque suivante [21].

172. Après l'expiration du temps pour lequel les gouverneurs étaient nommés, ils étaient obligés de se rendre à Rome dans les trois mois, afin qu'il fût possible de les poursuivre devant le sénat du chef de malversation ou de concussion [22]. Les empereurs cherchèrent à assurer aux provinces une administration régulière et impartiale, par diverses mesures législatives et réglementaires. Nul ne pouvait obtenir un emploi dans la province où il était né [23] ; la défense faite déjà sous la république aux gouverneurs et aux employés de recevoir des cadeaux et d'acheter des terres dans leurs provinces fut maintenue [24]; on leur interdit, en outre, d'y exercer le commerce, de prêter de l'argent à intérêt et d'épouser des femmes originaires de la contrée soumise à leur administration [25]. Enfin des traitements élevés devaient garantir l'incorruptibilité des gouverneurs et fonctionnaires provinciaux [26].

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

173. Le droit romain suit, pendant cette époque, la direction que nous avons déjà signalée vers la fin de la république; mais les progrès

[21] *Voy.* ci-après, nº 220.

[22] Tacite, *Ann.*, III, 66. 70. IV, 15. XV, 20. – Pline, *epist.*, II, 12. III, 9. IV, 9. V, 20, VI, 29. VII, 6. 10. 33. X. 20. 64. – Suétone, *Domitien*, 8. – Dion Cassius, LIII, 15. LX, 25.

[23] Dion Cassius, LXXI, 31. – Paul, V, 12, 5. – Fr. 3, D., *de officio adsessorum* 1, 22. – Tit. C., *ut nulli patriæ suæ administratio permittatur* 1, 41.

[24] *Voy.* ci-dessus, nº 112.

[25] Fr. 34, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 38. 57, pr. Fr. 63, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. – L. 6, C., *de nuptiis* 5, 4. — On cherchait même à empêcher que le gouverneur emmenât sa fiancée avec lui dans la province. Tacite, *Ann.*, III, 33. 34. – Fr. 4, § 2, D., *de off. procons.* 1, 16.

[26] *Voy.* ci-dessus, nº 155. Pour donner une idée du taux des traitements, nous nous bornons à

qu'il fait sont beaucoup plus rapides. L'action de la législation romaine sur les provinces soumises et la réaction plus forte encore des idées que les Romains trouvaient généralement admises chez tous les peuples, se montrent plus puissantes [1]. La grande mesure de Caracalla, par suite de laquelle tous les sujets de l'empire devinrent citoyens, ne contribua pas peu à hâter la fusion des préceptes sévères du droit romain avec les idées plus larges du *ius gentium* [2]. Au reste, tout concourait à favoriser ce développement du droit. La disparition de l'aristocratie et le remplacement de l'ancien pouvoir législatif par la toute-puissance des empereurs permirent d'introduire franchement des réformes qui auparavant n'auraient pu être obtenues que par voie détournée. Ce qui exerça une influence plus grande encore, ce fut surtout la nouvelle direction imprimée aux esprits par l'indifférence politique qui avait suivi les guerres civiles et par les modifications que la constitution de la république avait subies. La vie publique n'existe plus; la faveur du peuple ne s'acquiert plus par des discours éloquents prononcés dans le forum; ce sont maintenant les études théoriques qui attirent les hommes les plus distingués. Ainsi se forme cette brillante série de jurisconsultes qui donnèrent une face toute nouvelle au droit de leur nation et qui, en appelant la philosophie à leur aide pour approfondir les institutions du droit, durent nécessairement se rencontrer, dans la plupart des cas, avec les idées que l'on aimait à considérer comme une émanation de la raison naturelle, par cela même qu'on les trouvait reçues chez toutes les nations [3]. Aussi, ce sont les *prudentes* qui font faire le plus de progrès au droit romain; ils sont puissamment aidés par les empereurs, qui continuent l'œuvre des préteurs, mais dont l'influence devient surtout prédominante dans l'époque suivante. Le pouvoir législatif du peuple disparaît bientôt entièrement; le sénat ne conserve son autorité pendant quelque temps que par la tolérance de l'empereur.

rappeler le *salarium* du proconsul d'Afrique, qui, du temps de l'empereur Macrin, s'élevait à un million de sesterces, c'est-à-dire environ 250,000 francs. DION CASSIUS, LXXVIII, 22. — *Voy.* aussi TREBELLIUS POLLIO, *Claudius*, 14. 15.

[1] *Voy.* ci-dessus, nos 75. 111. 137 sq. 170.

[3] *Voy.* ci-dessus, no 158. Il importe cependant de faire observer qu'à partir de cette époque la notion du *ius gentium* (*voy.* la note suivante) subit, dans certaines parties, des altérations fâcheuses par l'influence délétère de l'élément provincial et même de l'élément barbare. Cf. ci-après, nos 199. 212. 230.

[2] § 1. 2, I., *de iure naturali gentium et civili* 1, 2. « ... Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur. » 2...... Ius autem gentium omni humano generi commune est..... Ex hoc iure gentium et omnes pœne contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles. » — Fr. 1, pr. D., *de acquirendo rerum dominio* 41, 1. « ..... Antiquius ius gentium, cum ipso genere humano proditum... » — Cf. ci-dessus page 213, note 2.

LÉGISLATION.

DÉCRETS DU PEUPLE, *LEGES*.

174. Nous avons montré ailleurs comment le pouvoir législatif du peuple s'évanouit peu à peu. Cependant, il est à remarquer que, dans les premiers temps, les empereurs se servirent encore des comices pour faire passer des dispositions importantes. Nous avons fait connaître plusieurs lois d'Auguste qui se rapportent au droit pénal et à l'organisation judiciaire [1]. Une loi *Iulia vicesimaria* établit un impôt de cinq pour cent sur toutes les successions qui ne viennent pas d'un proche parent, et prescrit certaines formalités pour l'ouverture des testaments, afin de garantir la rentrée de cette contribution [2]. On mentionne encore des lois somptuaires et théatrales [3]; mais la loi *Iulia de fundo dotali*, dont parle un fragment du Digeste, paraît plutôt être un chapitre de la loi *Iulia de adulteriis* [4].

De toutes les lois d'Auguste, la plus remarquable et la plus importante est celle connue sous le nom de loi *Iulia et Papia Poppæa*. Cette loi avait pour but principal et ostensible de diminuer le nombre des célibataires et d'augmenter ainsi la population de l'Italie, qui avait tant souffert par les guerres civiles [5]. Des amendes fortes et nombreuses, infligées à ceux qui se rendraient coupables de contraventions, assurèrent en même temps au trésor des revenus considérables [6]. Nous ne possédons point le texte de cette loi célèbre, qui a exercé une grande influence sur plusieurs parties du droit privé, particulièrement sur les successions à cause de mort; mais, à l'aide des renseignements contenus dans nos sources de droit, notamment dans Ulpien et Gaius, et grâce aux travaux des savants modernes, nous en connaissons aujourd'hui les dispositions principales, dont nous allons donner un résumé succinct [7].

[1] Les lois pénales d'Auguste ont été mentionnées ci-dessus, page 182, note 162. Les lois judiciaires se rapportent tant à la juridiction criminelle, *iudicia publica* (page 180, note 51) qu'à la juridiction civile, *iudicia privata*. Ci-dessus, page 195, note 63, et ci-après, § 44.

[2] *Voy.* ci-dessus, page 260, note 17.

[3] Suétone, *Octave*, 34. 40. — Florus, IV, 12. 65. — Pline, *H. N.*, XXXIII, 8. 32. — Aulu-Gelle, II, 24, 14.

[4] *Voy.* ci-après, t. III, § 312, notes 29 et suivantes.

[5] Sozomène, *historia ecclesiastica*, I, 9. — Iustinien. L. un. pr. C., *de caducis tollendis* 6, 51; L. 2, § 6, C., *de vetere iure enucleando* 1, 17. — Déjà, sous la république, les censeurs punissaient les citoyens sans enfants et engageaient au mariage. Cic., *de legibus*, III, 3. — Tite-Live, XLV, 15. — Valère-Maxime, II, 9. — Aulu-Gelle, I, 6. V, 19 « præmia patrum. » — La loi *Campana* de Jules César (695), qui distribua les terres de la Campanie, de tout temps réservées à l'État, accorda la préférence aux vétérans ayant au moins trois enfants. *Voy.* ci-dessus, p. 156, note 56.

[6] Tacite, *Annales*, III, 25. « incitandis cælibum pœnis et augendo ærario. »

[7] Jacob. Gothofredus, *Fontes quatuor iuris civilis* (ci-dessus, p. 80, note 14). — Ramos del

175. Déjà en 726 (d'après d'autres, en 736), Octavien avait cherché à faire passer une loi sur le mariage, mais il n'y réussit qu'en 736 (d'après d'autres, en 757) [8]. Elle fut appelée *lex Iulia de maritandis ordinibus,* d'après le premier chapitre, qui traitait des mariages des sénateurs [9]. Quelque temps après, en 762, M. Papius Mutilus et Q. Poppæus Secundus, *consules suffecti,* firent passer une loi qui, tout en suivant l'impulsion de la loi Julia, en modifiait et étendait plusieurs dispositions et en ajoutait de nouvelles. De là le nom *lex Iulia et Papia Poppœa* ou plus fréquemment *lex Iulia et Papia* [10].

La loi *Iulia* contient d'abord plusieurs dispositions relatives à la faculté de contracter mariage. Elle défend aux sénateurs et à leurs descendants d'épouser des affranchies et des actrices, ainsi que des filles d'acteurs ou d'actrices; elle défend aux filles et petites-filles de sénateurs d'épouser des affranchis et des acteurs, ainsi que des fils d'acteurs ou d'actrices. Les autres citoyens ont plus de latitude dans leur choix, cependant il est interdit aux ingénus d'épouser des femmes de mauvaise vie [11]. Abstraction faite de ces restrictions établies dans l'intérêt des mœurs, la loi favorise les mariages sous plusieurs rapports, et abolit quelques empêchements, notamment ceux résultant du défaut de tuteur pour les femmes et du défaut de consentement du père [12]; elle déclare nul le serment de ne pas se marier, ainsi que la condition analogue ajoutée à une libéralité [13].

Manzano, *Commentarii et Reliquationes ad legem Iuliam et Papiam Poppæam.* Cet ouvrage se trouve dans Meerman, *Thesaurus*, t. V, p. 1-550. — J.-G. Heineccius, *Commentarius ad legem Iuliam et Papiam Poppæam.* Amsterdam, 1728. Leipzig, 1778. — Den Tex et Van Hall, *Fontes tres iuris romani antiqui.* Amsterdam, 1840.—Demelius, *legum quæ ad ius civile spectant fragmenta.* Weimar, 1857.

[8] Suétone, *Octave*, 34. — Properce, *élégies*, II, 7. — Dion Cassius, LIV, 16. Cf. LVI, 7, et Horace, *épodes*, XVIII, 17-20.

[9] Tacite, *Annales*, III, 28. — Suétone, *Octave*, 34. — Dion Cassius, LIV, 16. — Gruteri *Inscript.*, p. 328. — *Vaticana fragmenta*, 179. — Gaius, I, 178. — Ulpien, XI, 21. — Fr. 6, § 4, D., *de iure patronatus* 37, 14. — Ce chapitre se trouve Fr. 44, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2.

[10] C'est-à-dire, loi composée de deux lois, l'une *Iulia*, l'autre *Papia Poppœa*. Gaius, I, 145. — Ulpien, XVI, 2. C'est par ce motif qu'elle est souvent appelée leges. On la trouve aussi désignée par le nom de loi *Iulia* ou loi *Papia*, même loi *Iulia de maritandis ordinibus*. *Voy.* les trois dernières citations de la note précédente. — Il est assez plaisant de faire observer qu'aucun des deux consuls qui proposèrent cette loi n'avait d'enfants et n'était marié. Dion Cassius, LVI, 10. — *Voy.* en général, sur l'histoire de ces lois : le même, LIV, 16. LVI, 1-10.—Tacite, *Ann.*, III, 25. — Suétone, *Octave*, 34.

[11] Fr. 23. 42. 43. 44. 47, D., *de ritu nupt.*, 23, 2. — Ulpien, XIII, 1. 2. — C'est à ces défenses qu'est due peut-être l'institution légale du concubinat, qui offrait la possibilité d'une vie légale à des personnes auxquelles notre loi défendait le mariage. Fr. 1. 13, § 1, D., *de concubinis* 25, 7. *Voy.* ci-après, t. III, § 324.

[12] *A*) Suétone, *Octave*, 34. — Ulpien, VI, 10-13. — Fr. 45, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. — Fr. 11, D., *de divortiis* 24, 2. — Fr. 8, D., *de captivis* 49, 15. Cf. ci-après, t. III, § 306. — *B*) Gaius, I, 178. — Ulpien, XI, 20. — Fr. 19, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. — Fr. 61, D., *de iure dotium* 23, 3.

[13] Fr. 63. 64. 72, § 4. Fr. 74. 79, § 4, D., *de condicionibus et demonstr.* 35, 1. — Fr. 31, D., *qui et a quibus manumissi.* 40, 9. Cf. Fr. 6, § 4, D., *de iure patronatus* 37, 14.— Une loi *Iulia*

Elle accorde également certaines distinctions honorifiques aux hommes mariés [14].

Mais ce qui devait davantage engager au mariage, c'étaient les peines dont la loi frappait le célibat. Les célibataires (c'est-à-dire les personnes actuellement non mariées) étaient, en général, déclarés incapables de rien recueillir par testament [15]. Ils pouvaient éviter cette peine en se mariant dans les cent jours [16], et l'on accordait aux femmes divorcées ou veuves un délai de six ou de douze mois, qui fut prolongé par la loi Papia [17]. Le même effet fut attribué aux fiançailles, pourvu qu'elles fussent suivies de mariage dans les deux ans [18].

176. La partie Papia Poppæa, tout en renfermant quelques dispositions sur le mariage, s'occupait plus spécialement de la condition des personnes qui, étant mariées, n'ont point d'enfants, *orbi*. D'un côté, elle acordait divers priviléges à ceux qui avaient un plus ou moins grand nombre d'enfants [19]; d'autre part, elle comminait des peines contre ceux qui n'en avaient point.

L'*orbus*, en général, ne recueille que la moitié de ce qui lui est laissé par testament [20], tandis que celui qui a des enfants en obtient la totalité,

Miscella, contenait, sur la condition de ne pas se remarier, différentes dispositions que Justinien abolit. L. 2. 3, C., *de indicta viduitate* 6, 40. – Nov. 22, C. 43. 44. Cf. ci-après, t. III, § 387.

14 TACITE, *Annales*, XV, 19. – AULU-GELLE, II, 15. – *Vaticana fragmenta*, 197.

15 GAIUS, II, 111. 286. – SOZOMÈNE, *hist. eccl.*, I, 9.

16 GAIUS, II, 111. 144. 286. – ULPIEN, XVII, 1. XXII, 3. – TERTULLIEN, *Apologet.*, 4. – SOZOMÈNE, *hist. eccl.*, I, 9.

17 ULPIEN, XIV. « Feminis lex Iulia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex menses; lex autem Papia a morte viri biennium, a repudio annum et sex menses. »

18 SUÉTONE, *Octave*, 34. – DION CASSIUS, LIV, 16. LVI, 7. – Fr. 17, D., *de sponsalibus* 23, 1.

19 Ainsi elle leur donna un droit de préférence pour l'obtention des magistratures et des emplois publics (TACITE, *Ann.*, II, 51. XV, 19, droit de préférence que nous retrouvons dans la TABLE DE MALAGA, c. 56); leur permit de refuser une tutelle déférée (*Vat. fr.*, 191 sqq. –Pr. I., *de excusationibus* 1, 25. – Fr. 18, D., *de excusat.* 27, 1); libéra les affranchis des services dus à leurs patrons (Fr. 37, D., *de operis libert.* 38, 1.–L. 2, C., *de obsequiis* 6, 6); facilita l'acquisition du droit de cité (Cf. Fr. 134, D., *de verb. sign.* 50, 16), et accorda, en outre, différentes distinctions honorifiques. (AULU-GELLE, II, 15.–*Vat. fr.*, 197). Les femmes qui avaient trois ou quatre enfants (selon qu'elles étaient *ingenuæ* ou *libertæ*) étaient également affranchies de la tutelle, à laquelle les femmes romaines se trouvaient, en général, soumises. *Voy.* ci-après, t. III, § 334. — Conformément à l'esprit de la loi I. et P. P., le sénatus-consulte Tertullien sous Adrien accorda aux mères ayant trois ou quatre enfants le droit de succéder *ab intestat* dans les biens de leurs enfants (ci-après, t. III, § 362), et nous trouvons plus tard que l'on pouvait invoquer un certain nombre d'enfants comme une excuse, à l'effet de se soustraire aux charges municipales. L. 2, I. C., *qui numero liberorum se excusant* 5, 66. – L. 1, Th., C., *de his qui numero lib.* 12, 17.

20 GAIUS, II, 111. 286. – SOZOMÈNE, *hist. eccl.*, I, 9. — Le titre d'Ulpien, dans lequel il était traité *ex professo* de la capacité de l'*orbus* et dont il ne nous reste que des fragments peu importants, parlait aussi (comme l'indique l'inscription : ULPIEN, XIII, *de cœlibe, orbo et solitario pater*) de la condition du *pater solitarius*, condition qui, d'après l'ordre dans lequel le jurisconsulte énumère les trois catégories de personnes dont il va s'occuper, n'a pu être inférieure à celle de l'*orbus*. Mais que faut-il entendre par SOLITARIUS PATER? Généralement on admet que ce terme

solidum capit [21]. Des dispositions particulières déterminent les qualités requises pour qu'un part humain puisse compter comme enfant [22].

La loi se montre particulièrement sévère à l'égard des libéralités que des époux se feraient entre eux [23]. S'ils n'ont point d'enfant, ils ne peuvent se laisser l'un à l'autre qu'un dixième [24] et, de plus, l'usufruit d'un tiers de leurs biens, lequel usufruit peut se convertir en propriété pleine et entière, au cas qu'ils viennent à avoir des enfants; le mari peut, en outre, léguer à sa femme la dot qu'elle a apportée en mariage [25]. Si le gratifié a vivants un ou plusieurs enfants d'un autre lit, la part disponible augmente d'un dixième pour chaque enfant. La même augmentation a lieu pour chaque enfant commun décédé [26]. Enfin, s'il y a un enfant commun vivant (ou à naître [27]), l'époux peut recueillir la totalité du patrimoine de son conjoint, *solidum capere potest*. La même faveur est accordée aux époux s'ils ont perdu un enfant commun pubère et dans certaines autres hypothèses [28].

Plusieurs dispositions de la loi avaient pour but de prévenir les fraudes, surtout celles commises à l'aide de personnes interposées [29].

Au reste, toutes ces prohibitions ne s'appliquaient qu'aux hommes âgés de vingt-cinq à soixante ans et aux femmes âgées de vingt à cinquante ans [30]. La loi exemptait spécialement les parents et alliés jusqu'au sixième

désignait le père qui n'a qu'un enfant; mais on l'entend mieux d'un veuf non remarié, ayant un ou plusieurs enfants, comme le fait Hugo, *R. G.*, p. 760 (XI[e] édit.), en invoquant le vers de Byron : « An only son, left with an ONLY MOTHER. »

[21] A cet effet, un seul enfant suffit à l'homme. JUVÉNAL, *Sat.*, IX, 86-89. – Fr. 148. 149, D., *de verb. signif.* 50, 16. Mais la femme n'avait la pleine capacité que quand elle avait donné le jour à trois ou quatre enfants. DION CASSIUS, LV, 2. LVI, 10. – PAUL, V, 9, 1 : « Matres..., ut ius liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficiet. » *Ibidem*, 7 : « Libertina... quater eam peperisse sufficit. » Cf. ci-après, note 28.

[22] Ainsi, on compte les enfants nés dans l'esclavage (Fr. 9, D., *de captivis et postlim.* 49, 15), et même les parts monstrueux (Fr. 135. 141, D., *de verb. signif.* 50, 16); mais non les enfants adoptifs, du moins après un sénatus-consulte sous Néron. TACITE, *Ann.*, XV, 19. – *Vatic. fragm.*, 168-170. 194-199.–Fr. 51, § 1, D., *de legatis II* (31).–Fr. 2, § 2, D., *de vacatione et excusatione munerum* 50, 5.

[23] Les dispositions concernant cette matière se trouvent chez ULPIEN, XV, *de decimis*, et XVI, *de solidi capacitate inter virum et uxorem.*

[24] DECIMA, de là *decimæ legis I. et P. P.* ULPIEN, XV, *de decimis.* – (L. 2, Th. C., *de iure lib.* 8, 17) L. 2. 7, 1. C., *de infirmandis pœnis cœl. et orb. et de decimariis sublatis* 8, 58.

[25] ULPIEN, XV, 3. « Præter decimam etiam usumfructum tertiæ partis bonorum e testamento capere possunt; et quandoque liberos habuerint, eiusdem partis proprietatem; hoc amplius mulier, præter decimam, dotem (capere) potest legatam sibi. »

[26] ULPIEN, XV, 1. «... totidem decimas per numero liberorum... Item *communis* filius filiave, post nominum diem amissus amissave unam decimam adiicit; duo autem *rel.*

[27] ULPIEN, XVI, 1. « Item, si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo peperit. »

[28] ULPIEN, XVI, 1.

[29] Fr. 50, D., *de ritu nupt.* 23, 2. – Fr. 82. 83, D., *de acq. hered.* 29, 2. – Fr. 10, D., *de his quæ ut indignis auferuntur* 34, 9. – Fr. 1, D., *de ademtione libertatis* 40, 6.

[30] Les dispositions qui avaient introduit ces dispenses furent plus tard modifiées par les

degré [31], ainsi que les personnes absentes pour affaires publiques pendant leur absence, et un an après leur retour [32]. Enfin l'empereur et le sénat pouvaient dispenser des prescriptions de la loi et accorder le *ius liberorum* [33].

177. Tout ce qu'une personne, instituée héritière ou légataire par une disposition testamentaire valable [34], ne recueillait pas par suite des incapacités légales que nous venons d'indiquer, s'appelait *caducum* [35]. On désignait par le même nom ce que la personne gratifiée n'acquérait point parce qu'elle répudiait la libéralité [36] ou parce qu'elle mourait avant l'ouverture du testament, *ante apertas tabulas* [37]. Enfin, on considérait comme étant *in causa caduci* les libéralités, qui s'étaient évanouies par la raison que la personne gratifiée était décédée avant le testateur ou que la condition dont elles dépendaient ne s'était point accomplie [38]. —La notion du *caducum* ne pouvait, au reste, s'appliquer qu'aux dispositions ayant pour objet une partie du patrimoine : quand le testament entier venait à tomber, la succession était déférée aux héritiers *ab intestat* [39].

Avant la loi Julia et Papia Poppæa, les *caduca* revenaient à celui dont la part avait été diminuée par la libéralité qui devenait caduque. Il s'opérait en sa faveur un droit d'accroissement [40]. Notre loi conserve cet avantage, *ius antiquum,* aux descendants et ascendants du testateur jusqu'au troisième degré, pourvu qu'ils aient été institués héritiers [41]. Dans tous les autres cas, le droit de réclamer la part caduque, *vindicare caducum,* compète aux héritiers et légataires qui figurent dans le même testament

sénatus-consultes Pernicien (ou Persicien) et Calvisien. ULPIEN, XVI, 1. 3. 4.—SUÉTONE, *Claude*, 23. — TERTULLIEN, *Apolog.*, 4. — SOZOMÈNE, *hist. eccl.*, I, 9. — Cf. L. 27, C., *de nuptiis* 5, 4.

[31] ULPIEN, XVI, 1. — *Vat. fr.* 158. 214 sq. 216. « Excipientur... cognatorum (sex gradus et ex septimo) sobrino sobrinave natus, sed et nata per interpretationem... » 217. 218. 219.—SOZOMÈNE, *hist. eccl.*, I, 9.

[32] ULPIEN, XVI, 1. — Fr. 35-38, D., *ex quibus causis maiores.* 4, 6.

[33] DION CASSIUS, LV, 2. — SUÉTONE, *Claude*, 19. — PLINE, *epist.*, II, 13. X, 2. 95. 96. — GAIUS, I, 145.—PAUL, IV, 9, 9.—Nous trouvons également que le prince dispensait des peines du célibat, en accordant *δικαιώματα τῶν γεγαμηκότων*. DION CASSIUS, LX, 24.

[34] ULPIEN, XVII, 1. « ... testamento relictum, ita *ut iure civili capere possit...* » Les dispositions nulles et inefficaces étaient considérées comme non écrites. L. un. § 2. 3. 5, C., *de caducis tollendis* 6, 51.

[35] ULPIEN, XVII, 1. — Cf. GAIUS, II, 144. III, 62.

[36] ULPIEN, I, 21. XXIV, 12. 13. Cf. GAIUS, III, 62.

[37] Mourait ou avait subi une *magna capitis deminutio.* ULPIEN, XVII, 1. XXIV, 31. — L. un., § 1, C., *de caducis tollendis* 6, 51. — *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 395, notes 10 sqq.

[38] L. un., § 2. 4, C., *de caducis tollendis* 6, 51. — Fr. 59, D., *de cond. et dem.* 35, 1.

[39] GAIUS, II, 144.—ULPIEN, XVII, 1. « ... Si *ex parte heres* scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decessisset... » — Fr. 1, § 4, D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6. — Cf. Fr. 21 *in f.* D., *de cond. et dem.* 35, 1. — L. un., § 5, C., *de caducis tollendis* 6, 51.

[40] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 404. 413.

[41] ULPIEN, XVIII, *qui habeant ius antiquum in caducis.* — Cf. LE MÊME, I, 21. — Fr. 29, § 2, D., *de legatis II* (31). — L. un. pr. C., *de caducis tollendis* 6, 51.

et qui ont des enfants [42], *qui in eo testamento liberos habent, patres* [43]. A défaut de personnes capables, les *caduca* tombent dans le trésor public [44]. Au reste, à quelques personnes que les *caduca* soient dévolus, ils passent toujours avec les charges dont ils sont grevés, *cum onere* [45].

178. Cette loi qui exerça une influence assez grande et généralement défavorable sur plusieurs institutions du droit privé, dont elle empêchait et contrariait le développement naturel, resta en vigueur jusque dans les derniers temps de l'empire, tout en subissant quelques modifications. Caracalla paraît avoir aboli au profit du fisc le *ius vindicandi caduca* que la loi avait accordé aux héritiers et légataires ayant des enfants [46]; mais il fut rétabli plus tard [47]. Constantin abolit les peines du célibat et de l'orbité, sauf en ce qui concernait les libéralités laissées par l'un des époux à l'autre [48]. Théodose II fit disparaître cette restriction, en accordant à toutes les personnes mariées le *ius communium liberorum* [49]. Enfin Justinien, après avoir proclamé, en promulguant le Digeste, l'abrogation de la législation caducaire [50], en abolit les dernières traces par une constitution publiée le 1er juin 534 [51].

179. Nous remarquons encore sous Auguste les lois *Sœnia*, concernant l'octroi du patriciat (726), *Quinctia de aquæductibus* (745) *Ælia Sentia* et *Furia* (*Fufia*) *Caninia*, concernant les affranchissements [52] et peut-être

[42] Gaius, II, 206. 207. 286. – Ulpien, I, 21. « ... legatarii patres... » Le même, XXIV, 12. XXV, 17. – *Fragm. de manumiss.* 3. « ius patrum... patres... » – Fr. 89, D., *de legatis III* (32). — *Voy.* pour les détails, ci-après, t. III, §§ 404. 443.

[43] Les mots *liberi* et *patres* doivent être pris dans leur sens rigoureux : liberi, enfants ou petits-enfants par mâles, *sui* ou *emancipati* (ci-après, t. III, § 361). Patres, et non pas matres : les femmes, même *solidi capaces*, n'avaient point le *ius vindicandi caduca*. Juvénal, *Sat.*, IX, 83-93. – *Vatic. fragm.*, 195. – Fr. 13, D., *de suis et legitimis* 38, 16.

[44] Tacite, *Ann.*, III, 28. « Ut si a privilegiis parentum cessaretur, *velut parens omnium*, populus vacantia teneret. » – Gaius, II, 286. « ... ad populum, sicuti iuris est in legatis et hereditatibus. » – Fr. 13. 14. 15, D., *de iure fisci* 49, 14. – L. un., § 14, C., *de caducis tollendis* 6, 51. *Voy.* ci-dessus, page 260 note 16.

[45] Ulpien, XVII, 3. – Fr. 61. Fr. 96, § 1, D., *de legatis II* (31). – Fr. 60, § 1, D., *de condicionibus et demonstrationibus* 35, 1.

[46] Ulpien XVII, 2.

[47] Peut-être par Macrin, qui eut à cœur de se rendre populaire en abolissant les mesures odieuses de son prédécesseur (*voy.* ci-après, p. 285, note 17), ou par Alexandre Sévère. Lampride, *Al. Sévère*, 15. Cf. Fr. 89, D., *de legatis III* (32). – L. 1, § 14, C., *de caducis tollendis* 6, 51 « Fiscum ultimum vocari ».

[48] L. 1, Th. C., *de infirmandis pœnis cœlibatus* 8, 16. – Iustinien, L. 1, I. C., *eodem* 8, 58, attribue cette constitution à Constantin et Constance, fils de Constantin (339). – Sozomène, *hist. eccl.*, I, 9.

[49] L. 2. 3. 4. Th. C., *de iure liberorum* 8, 17. Cf. ci-dessus, notes 27. 28. – L. 1, I. C., *eodem* 8, 59. – La L. 2, I. C., *eodem* se rapporte au sénatus-consulte Tertullien. *Voy.* ci-dessus, note 19, et ci-après, t. III, § 362.

[50] Const. Tanta (Δέδωκεν. *Dedit*), § 6.

[51] L. un., C., *de caducis tollendis* 6, 51.

[52] *Lex Sænia.* Monumentum Ancyranum, II, 1. – Tacite, *Annales*, XI, 25. – Dion Cassius

encore la loi *Iunia Velleia* sur l'institution des postumes, à moins qu'elle ne doive être rapportée trente-trois ans plus tard[53]. Sous Tibère, on mentionne deux lois proposées par l'empereur même, l'une agraire, l'autre concernant la dignité de *flamen Dialis*[54]; la loi *Iulia Norbana* sur les affranchissements (772) et une loi *Visellia* (777) qui punit l'usurpation de l'ingénuité et du décurionat et facilite aux Latins l'acquisition du droit de cité[55]. Un passage du Digeste a fait attribuer à Caligula une loi agraire[56] : mais d'une part, il n'est pas certain que le Caius Cæsar de ce texte soit Caius Caligula ; d'autre part, il se peut que la mesure législative dont il s'agit soit, non pas une loi votée par les comices, mais plutôt un règlement agraire ou colonial, *lex data*[57]. Au règne de Claude appartiennent une loi *Claudia* sur les tutelles, plusieurs plébiscites et peut-être la loi *Iunia Velleia* dont nous avons déjà parlé sous Auguste[58]. Après avoir rappelé la loi *de imperio Vespasiani* de l'an 70 de l'ère chrétienne[59], il ne nous reste plus qu'à signaler la dernière trace, fort incertaine au reste, qui figure dans le code de Justinien sous le nom de *lex Vectibulici* et paraît appartenir aux premières années du deuxième siècle de l'ère chrétienne[60].

180. Nous avons fait observer plus haut que les rares lois qui se produisent sous l'empire sont généralement votées sur la proposition de l'empereur ou du sénat. Dans ce dernier cas, le vote de la loi n'est, pour ainsi dire, qu'une sanction accordée pour la forme à un sénatus-consulte[61]. De là vient que des dispositions législatives sont citées indistinctement tantôt comme lois, tantôt comme sénatus-consultes[62].

LII, 42. — *Lex Quinctia*. Frontin, *de aquis*, c. 126. Cf. ci-après, note 63. — *Leges Ælia Sentia* et *Furia* (*Fufia*) *Caninia*. *Voy.* ci-dessus, p. 255, note 2, et ci-après, t. III, § 337.

53 *Voy.* ci-après, t. III, § 367.

54 Tacite, *Annales*, IV, 16. — Gaius, I, 136. — Haenel, *Corpus legum*, p. 41, col. 2.

55 *Lex Iunia Norbana*, ci-dessus, p. 256, note 3, et ci-après, t. III, § 337. — *Lex Visellia*. Ulpien, III, 5. — Titt. C., *ad legem Viselliam* 9, 21 ; *si servus aut libertus ad decurionatum adspiraverit* 10, 32. Une autre *lex Visellia* est mentionnée dans une inscription qui paraît être de la même année que le *plebiscitum de Termessibus* (ci-dessus, p. 7, n° 5).

56 Fr. 3, pr. D., *de termino moto* 47, 21. « Lege agraria, quam Caius Cæsar tulit.... »

57 *Voy.* ci-dessus, p. 198, note 10. Cette dernière observation s'applique également à la fameuse loi *Mamilia*, dont nous avons suffisamment parlé à l'endroit cité, ainsi qu'à une loi agraire que le Fr. 3., § 1, D., *de termino moto* 47, 21, attribue à l'empereur Nerva.

58 Gaius, I, 157. 171. — Ulpien, XI, 8. Ci-après, t. III, § 335. — Tacite, *Annales*, XI, 13. 14. — Cf. ci-dessus, note 53.

59 *Voy.* ci-dessus, p. 8, n° 9. et p. 244, note 9.

60 La L. 3, C., *de servis reipublicæ manumittendis* 7, 9, dit que la loi fut étendue aux provinces par un sénatus-consulte de 129. — Comme le nom *lex Vectibulici* paraît impossible, on a cherché à le remplacer par d'autres : *Vellii Publicii*, *Vectii Bulici*, etc.

61 *Voy.* ci-dessus, n° 149 *in fine*.

62 Ainsi Tacite, *Annales*, XI, 13, qualifie de *lex* une disposition que Suétone, *Vespasien*, 11, semble mentionner comme sénatus-consulte. *Voy.* ci-après, t. II, § 234, n° 13. — Gaius, I, 83-86, appelle *lex* ce qu'il avait d'abord qualifié de *senatusconsultum*.

Des diverses lois dont nous avons fait l'énumération, une seule, la loi *Quinctia de aquæductibus*, nous est parvenue entière, sauf quelques lettres illisibles [63]. Une partie notable de la loi *de imperio Vespasiani* nous a été conservée par une inscription découverte au quinzième siècle [64]. Enfin des fragments plus ou moins importants de plusieurs lois se trouvent dans nos recueils de droit et dans divers autres ouvrages.

DÉCRETS DU SÉNAT, *SENATUSCONSULTA*

181. A mesure que le pouvoir législatif du peuple s'évanouit, l'autorité du sénat paraît augmenter [1], jusqu'à ce qu'à la fin elle soit aussi entièrement absorbée par la toute-puissance de l'autocrate. Au commencement de notre époque, les sénatus-consultes constituent une source très-importante du droit privé [2]. La plupart de ces décrets sont rendus sur la proposition de l'empereur (*ex auctoritate principis*) [3], qui est faite soit par l'empereur lui-même, soit par un *quæstor candidatus* [4]. Ces propositions sont ordinairement adoptées par acclamation : c'est pourquoi les auteurs citent et commentent souvent le texte de l'*oratio principis*, au lieu de celui du sénatus-consulte [5]. Au reste, les sénatus-consultes n'avaient force obligatoire qu'après avoir reçu la sanction de l'empereur lequel, en vertu de sa puissance tribunitienne, avait le droit de *veto* absolu.

182. Les sénatus-consultes recevaient ordinairement leur nom du consul qui présidait au vote, quelquefois aussi de l'empereur sur la proposition duquel ils avaient été rendus [6]. Une exception assez singulière est celle du sénatus-consulte Macédonien, appelé ainsi d'après un criminel qui donna lieu à cette mesure législative [7].

[63] Frontin, *de aquis*, c. 129 (Bruns, *fontes*, p. 85. — Giraud, *Enchiridion*, p. 626).

[64] *Voy.* ci-dessus, page 8, nº 9.

[1] *Voy.* ci-dessus, nº 150.

[2] « Senatus iubet atque constituit. » Gaius, I, 4. 83. 84. III, 32. — Fr. 2, § 12, D., *de origine iuris* 1, 2. — Fr. 9, D., *de legibus* 1, 3. — § 5, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2.

[3] En sa qualité de *princeps senatus*. Dion Cassius, LIII, 1. LVII, 8. LXXIII, 5.

[4] *Voy.* ci-dessus, p. 252, note 10, et Dion Cassius, LIV, 25. LX, 2. — Fr. 1, pr. § 1. 2, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27. 9.

[5] Vopiscus, *Tacite*, 9. — Fr. 8, D., *de transact.* 2, 15. — Fr. 20, § 6, sqq. Fr. 22. 40, D., *de heredit. pet.* 5, 3. — Fr. 32, § 10, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 60, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. — Fr. 32, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Il est intéressant de comparer les termes cavaliers dont les empereurs des derniers temps se servent avec les formes pleines de convenance des premiers empereurs. Tandis que l'empereur Adrien dit au Fr. 22, D., *de hered. petit.* 5, 3 : « Dispicite, Patres conscripti, num quid sit æquius, etc. », Septime Sévère adresse sa proposition au sénat de la manière suivante : « Præterea, P. C., interdicam, etc. » Fr. 1, § 2, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 19.

[6] Par exemple, Sc. Silanianum, Pegasianum. — Claudianum, Neronianum.

[7] Macedo, qui avait tué son père afin de payer ses dettes au moyen de la succession paternelle. Le sénatus-consulte Macédonien refuse au créancier toute action tendante à poursuivre le paye-

Le nombre des sénatus-consultes, très-considérable au commencement de notre époque, et qui se rapportent, pour la plupart, au droit privé, diminue de plus en plus et, à partir de Caracalla, l'autorité législative du sénat cesse d'exister [8].

Quelques sénatus-consultes de l'époque impériale nous ont été conservés par des inscriptions [9]; d'autres se trouvent, intégralement ou en partie, reproduits dans nos recueils de droit et dans d'autres ouvrages de l'antiquité [10].

CONSTITUTIONS IMPÉRIALES, *CONSTITUTIONES PRINCIPUM.*

183. Nous avons exposé ci-dessus comment les empereurs réussirent à concentrer dans leurs mains tous les éléments de la souveraineté nationale. Ce n'est cependant que bien tard qu'ils s'arrogent ouvertement l'exercice du pouvoir législatif. Pendant longtemps, ils se contentent d'agir d'une manière indirecte, en usant de l'influence que leur donnaient les diverses magistratures réunies dans leur personne, influence d'autant plus grande qu'on avait l'habitude d'attribuer, par la *lex imperii*, l'autorité des sénatus-consultes aux actes qu'ils feraient en leur qualité de prince [1].

Parmi les manifestations de leur pouvoir, qui agissent sur la législation, les anciens distinguent particulièrement quatre espèces : les *edicta*,

ment d'une somme d'argent prêtée à un fils de famille. TACITE, *Ann.*, XI, 13. — SUÉTONE, *Vespasien*, 11. — Fr. 1, pr. D., *de Sc. Maced.* 14, 6. « Cum inter ceteras sceleris, causas Macedo... etiam æs alienum adhibuisset... » — *Voy.* ci-après, t. II, § 234, OBSERVATION.

[8] La L. 15, C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12, mentionne encore un sénatus-consulte qui est évidemment postérieur à PAUL, I, 21, 14; mais ce décret ne se rapporte qu'à une question de police : le deuil à porter par les femmes.

[9] *Voy.* ci-dessus, page 8, nos 12-17, et BRUNS, *fontes*, p. 106, no 3.

[10] Nous avons mentionné ci-dessus, p. 219, note 10, les six sénatus-consultes qui se trouvent chez FRONTIN, *de aquis*, c. 100. 104. 106. 108. 125. 127. M. BRUNS, *fontes*, p. 108. 109-115, donne un *Sc. de mense Augusto*, d'après MACROBE, *Saturn.*, I, 12, et les fragments de huit sénatus-consultes, recueillis dans le Digeste de Justinien.

[1] On ne peut considérer comme constituant des faits contraires au développement indiqué la sanction donnée par le peuple ou par le sénat à des actes posés par les *imperatores*. Déjà, sous la république, les comices avaient sanctionné d'avance tous les actes de Sylla (UT OMNIA, QUÆCUMQUE ILLE FECISSET, ESSENT RATA. CIC., *in Rullum*, III, 2, ci-dessus, p. 245, note 12; *pro Roscio*, 43, et *Schol. Gronov. ad h. l.*, p. 435, 37 Orelli. — PLUTARQUE, *Sulla*, 33. — APPIEN *de bellis civ.*, I, 97); une loi analogue fut portée en faveur de Pompée, après la guerre de Mithridate (APPIEN, *ibidem*, II, 13); les actes de César furent confirmés après sa mort (APPIEN, *ibidem*, II, 135). Les faits mêmes et la forme de ces ratifications prouvent clairement qu'il ne s'y agissait point d'un transfert légal du pouvoir législatif. D'ailleurs Octavien n'entendait point user de moyens irréguliers; il tenait à régner, au moins ostensiblement, d'après les formes légales. Et la même attitude fut observée pendant longtemps encore par ses successeurs : la manière dont pendant deux siècles les empereurs usent de leur puissance prouve bien clairement qu'ils ne se considéraient point eux-mêmes comme investis du pouvoir législatif. *Voy.* ci-dessus, nos 142. 143, et ci-après, note 5.

les *decreta*, les *rescripta*, les *mandata*, tous compris sous la dénomination générale de *constitutiones* [2].

184. L'empereur publiait des édits [3], comme tous les magistrats avaient l'habitude de le faire. Ces édits avaient naturellement la même force obligatoire, même une autorité plus grande que ceux du préteur; mais il est à remarquer que le prince, tout en usant largement de ce moyen de publication [4], ne s'en servait guère pour influer directement sur la législation générale [5], d'abord parce qu'il ne se trouvait pas appelé, comme le préteur, à publier des *edicta perpetua*, ensuite parce qu'il disposait des comices et du sénat pour donner à ses velléités législatives la forme de la loi.

En vertu de sa juridiction, l'empereur jugeait des procès, soit en appel, soit directement en première instance [6], souvent avec la participation du sénat, plus tard régulièrement après délibération en son conseil d'État [7]. Ces sentences portaient, comme celles du préteur, le nom de décrets [8]. Très-souvent aussi l'empereur était consulté sur une question de droit, soit par les particuliers qui y avaient intérêt, soit par un fonctionnaire qui avait à juger la question [9]. Les rescripts ou réponses à ces demandes s'appelaient *subscriptiones* ou *adnotationes*, quand elles étaient écrites au

[2] C'est le terme général pour les ordonnances impériales. GAIUS, I, 5. « Constitutio principis est quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit... » Dans la L. 3, C., *si minor maiorem se dixerit* 2, 45, Dioclétien et Maximien distinguent cependant *constitutiones* et *rescripta*.

[3] GAIUS, I. 5. – § 6, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2. – Fr. 1, § 1, D., *de constit.* 1, 4.

[4] Il serait permis de dire : « tout en abusant parfois. » Sans parler d'Auguste qui *gravissimo corripuit edicto* DOMINUM *se appellari* (SUÉTONE, *Octave*, 54), on pourrait trouver étranges les édits de Tibère et de Claude, qui sont mentionnés par LE MÊME, *Tibère*, 34; CLAUDE, 32 *in fine*.

[5] La plupart des édits ont un caractère local ou administratif. Nous possédons de cette catégorie une inscription sur pierre qui contient une partie notable d'un édit d'Auguste concernant les aqueducs de la ville de *Venafrum*, dans l'ancien *Samnium*. *Voy.* ci-dessus, page 9, nº 20. — Nos sources mentionnent cependant aussi, en matière de droit privé, un certain nombre d'édits que DE SAVIGNY, *Système du droit romain*, t. I, § 25, note *d*, porte à vingt-trois, et dont quatre remontent à Auguste. La disposition de Jules César qui affranchit les testaments militaires des formalités ordinaires ne peut également avoir été qu'un édit, ou peut être un mandat. Fr. 1, pr. D., *de testamento militis* 29, 1.

[6] SUÉTONE, *Octave*, 33. – DION CASSIUS, LII, 21. 33. – Fr. 38, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 22, pr. *in f.* D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 22. 26, D., *de appellationibus* 49, 1. – Cf. ci-dessus, p. 262, notes 6. 7.

[7] *A*) SUÉTONE, *Claude*, 15; *Néron*, 15; *Domitien*, 8. – DION CASSIUS, LI, 18 et *passim*. — *B*) DION CASSIUS, LII, 33 et *passim*. – PLINE, *epist.*, II, 22. V, 31. – SPARTIEN, *Adrien*, 8. 18. 22.– LAMPRIDE, *Alex. Severus* 16. – Fr. 17, D., *de iure patronatus* 37, 14.

[8] La terminologie n'est pas absolue. Souvent *decretum* se dit pour *edictum*, comme chez PLINE, *H. N.*, XVIII, 25, 5.

[9] L. 7, pr. C., *de diversis rescriptis* 1, 23. – PLINE, *epist.*, X, 71. 72. 73. 74. 77 et *passim*. – Fr. 1, § 1, D., *de const. princ.* 1, 4. – Fr. 9, D., *de lege Rhodia* 14, 2. — Même les esclaves pouvaient, à cet effet, s'adresser au prince. Fr. 9, D., *de lege Rhodia* 14, 2. – L. 1. 6, C., *de precibus imperatori offerendis* 1, 19. – L. 6, C., *de testamentaria manumissione* 7, 2. – L. 1. 8. 10. 11. 13, C., *de fideicommissariis libertatibus* 7, 4.

bas de la requête, ce qui se faisait ordinairement quand celle-ci venait d'un particulier, afin que l'autorité devant laquelle l'ordonnance impériale devait être produite fût instruite des faits auxquels elle se rapportait [10]; tandis que pareille précaution n'était point nécessaire quand le rescrit était donné à la demande officielle d'un fonctionnaire. C'est pourquoi les réponses appartenant à cette dernière catégorie étaient de préférence appelées *epistolæ* ou *litteræ,* bien que ce dernier terme soit moins usité [11].

Outre ces trois espèces d'ordonnances impériales, nous trouvons encore les mandats [12], c'est-à-dire les instructions que les empereurs avaient l'habitude d'adresser aux fonctionnaires impériaux, et qui de leur nature appartiennent à la catégorie des édits, mais ne reçoivent pas cette qualification, par la raison qu'elles ne sont pas publiées, *edicta.*

Cette dernière espèce de constitutions impériales ne pouvait guère avoir d'importance que par rapport à l'administration [13]. Les édits n'exerçaient également, par les raisons que nous avons indiquées, qu'une influence assez restreinte sur le droit proprement dit [14]. Mais les décrets et les rescrits constituent des sources fort importantes pour le droit civil pendant notre époque. Ces ordonnances n'étaient, à la vérité, que des décisions données pour un cas particulier [15]; mais leur force obligatoire était cependant plus grande que celle d'un jugement ordinaire, qui, par application à d'autres cas, ne peut avoir que l'autorité morale résultant de sa valeur intrinsèque. Car le principe énoncé dans une ordonnance impériale constituait, par cela même qu'il émanait du prince, pour tous les fonctionnaires de l'empire, une règle obligatoire qui devait être

[10] Gaius, I, 94. – Fr. 1, § 1, D., *de const. princ.* 1, 4. – L. 5, Th. C., *de itinere muniendo* 15, 3. – *Nov. Theodosii, de navibus non excusandis,* VIII, pr. – L. 10, I. C., *de diversis officiis,* 12, 60.

[11] § 6, I., *de iur. nat. gent. et civ.* 1, 2, et Théophile, *ad l. l.,* « ἀντιγραφὴ πρὸς ἄρχοντος ἀναφοράν. » – *Vaticana fragm.* 233 et *passim.* — Les rescrits adressés à une ville ou à un autre corps constitué s'appelaient, au moins dans l'époque suivante, de préférence *pragmaticæ sanctiones. Nov. Theodosii,* I, 5. – L. 7, I. C., *de diversis rescriptis* 2, 23. – L. 15, I. C., *de proximis sacrorum scriniorum* 12, 19. – Const. *Hæc quæ necessario,* § 2. – Const. *Summa reipublicæ,* § 4. – *Nov.* 96, pr. – Lydus, *de magistratibus,* III, 29. — Cf. ci-après, nº 245.

[12] Cic., *de legibus,* III, 8. – Pline, *epist.,* X, 64. 97. 111. 112. – Dion Cassius, LIII, 15.

[13] Nous trouvons cependant aussi quelques dispositions en matière de droit privé, empruntées à des mandats impériaux. Fr. 1, pr. D., *de testamento militis* 29, 1. – Fr. 2, § 1, D., *de his quæ ut indignis auferuntur* 34, 9. – L. 6, C., *de nuptiis* 5, 4, etc. Cf. Brissonius, *de formulis,* III, 84.

[14] *Voy.* ci-dessus, note 5.

[15] Encore pouvait-on discuter la force obligatoire d'un rescrit, en opposant la *præscriptio* ou *exceptio mendaciorum, sive in iuris narratione mendacium reperiatur, sive in facti, sive in tacendi fraude.* L. 2. 4. 5, C., *si contra ius fuerit aliquid postulatum vel impetratum* 1, 22. – Anastase, L. 6, C., *eodem.* « .... Monemus ut nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem, nullam sacram adnotationem, quæ generali iuri vel utilitati publicæ adversa esse videatur, in disceptatione cuiusque litigii patiantur proferri... »

appliquée à tous les cas identiques [16]. Pour faciliter cette application [17], on commença, vers la fin de notre époque, à faire des recueils de constitutions de ce genre, parmi lesquels nous remarquons un choix de rescrits de Marc-Aurèle, fait par le jurisconsulte Papirius Justus, et la collection de décrets impériaux du jurisconsulte Paul [18].

185. L'action du prince sur la législation se borna, en général, pendant cette époque, aux manifestations que nous venons d'indiquer. Ce n'est guère que depuis Dioclétien que les empereurs prennent ostensiblement le rôle de législateurs, en publiant des constitutions consacrant des règles générales, comme c'est le caractère des lois proprement dites : ce sont les *orationes principis* qui forment la transition entre les deux modes d'agir [19].

Quelques constitutions impériales de cette époque nous ont été conservées par des inscriptions [20]. D'autres, en très-grand nombre, sont reproduites par différents auteurs et dans les collections qui en furent faites dans l'époque suivante [21]. La circonstance que la plus ancienne ordonnance que nous trouvions dans ces collections date du temps d'Adrien [22], a engagé quelques auteurs à soutenir qu'avant cet empereur, il n'y eut point de constitutions impériales. Mais la fausseté de cette

[16] Aussi les rescrits et les décrets, tout en n'étant que des décisions pour un cas particulier, n'appartiennent-ils point à la catégorie d'ordonnances qu'on appelle *personales, quæ nec ad exemplum trahuntur,* quoniam non hoc princeps vult ; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. » § 6, I., *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2. Cf. Fr. 16, D., *de legibus* 1, 3. – L. 2, C., *eodem* 2, 14. A cause du principe général qu'ils renferment, ils sont, au contraire, d'une application générale, et c'est ce que plusieurs textes ont pour but d'indiquer, en se servant des mots *rescripta generalia, generaliter rescribere.* Fr. 9, § 3, D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6. – Fr. 1, § 3, D., *de leg. tut.* 26, 4. – Fr. 9, § 2, D., *de heredibus instit.* 28, 5. – Fr. 89, § 1, D., *ad legem Falcid.* 35, 2. Cf. Gaius, I, 102. II, 195. 221. III, 121. 122. – *Vatic. fragm.* 223. – § 4, I., *de vulgari substitutione* 2, 15. – Fr. 1, pr. D., *de off. præfecti urbi* 1, 12, et ci-dessus, p. 262, note 3.–Fr. 13, D., *quod metus causa.* 4, 2. – Fr. 12. 16, § 2. Fr. 18, pr. D., *de his quæ ut indignis.* 34, 9.–Fr. 49, D., *ad legem Falcid.* 35, 2. – Fr. 22, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 17, D., *de iure patronatus* 37, 14. – Fr. 5, § 2, D., *de censibus* 50, 15. – L. 3, C., *de legibus* 1, 14 et *passim.*

[17] Cette application était non-seulement difficile, à cause du défaut de publicité et de la diversité des espèces, mais encore dangereuse, parce que certainement le prince consacrait souvent, dans un cas particulier, une injustice qu'il n'aurait pas osé proclamer publiquement comme loi générale. Aussi Macrin voulut-il abolir la force obligatoire des rescrits : « nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracallæ voluntates. » Capitol., *Macrin.* 13. Cf. Lampride, *Diadumène,* 4.

[18] Papirii Justi *libri XX constitutionum.* Le Digeste de Justinien contient seize fragments tirés de cet ouvrage. *Voy.* entre autres Fr. 60, D., *de pactis* 2, 14, et Fr. 14, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2. — Pauli *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum sive decretorum liber.* Le Digeste en contient vingt-huit fragments.

[19] *Voy.* ci-dessus, n° p. 281, note 5.

[20] *Voy.* ci-dessus, pages 8 et 9, n°s 20-24.

[21] *Voy.* ci-après, n°s 237. 238 sq. 241. 244. — On trouve toutes les constitutions impériales, antérieures à ces recueils, dans Haenel, *Corpus legum.*

[22] L. 1, C., *de testamentis* 6, 23.

opinion, qui résulte déjà des renseignements historiques que nous avons donnés ci-dessus, est encore positivement prouvée par un grand nombre d'ordonnances des premiers empereurs que les anciens nous citent [23].

EN DEHORS DE LA LÉGISLATION.

LES ÉDITS DES MAGISTRATS, *IUS HONORARIUM*.

186. Nous trouvons, comme dans l'époque précédente, les édits des magistrats, tant à Rome que dans les provinces [1], et ce sont particulièrement ceux des préteurs et des édiles qui exercent une influence notable sur le développement du droit.

Quant aux premiers, passant d'une année à une autre, ils se composaient déjà, vers la fin de l'époque précédente, d'un grand nombre de règles incohérentes et en partie surannées, dont les unes modifiaient et changeaient les autres. Servius Sulpicius fut le premier auteur jurisconsulte qui s'occupa du droit honoraire : on cite de lui un ouvrage de peu d'étendue sur l'édit prétorien. Son disciple A. Ofilius fit un travail plus étendu et arrangea l'édit dans un ordre convenable [2]. Mais le travail le plus important sur cette matière fut celui du célèbre jurisconsulte Salvius Julianus, préteur sous le règne d'Adrien.

D'après l'opinion généralement accréditée jusqu'à la fin du siècle dernier, Adrien aurait ordonné à Julien [3] de recueillir tous les édits des préteurs et d'en prendre les parties les plus importantes pour en faire un ensemble qui aurait été publié comme loi. A cette œuvre l'empereur aurait donné le titre d'*Édit perpétuel* pour indiquer qu'il devait être conservé à perpétuité dans toute l'étendue de l'empire, au lieu des édits annuels que les préteurs avaient faits jusqu'alors.

[23] Tacite, Suétone et les autres *scriptores historiæ augustæ* mentionnent à chaque pas des édits, des décrets et des rescrits impériaux. Le dixième livre des *epistolæ* de PLINE LE JEUNE ne contient presque pas une lettre dans laquelle il ne soit question d'une constitution de Trajan. Parmi les édits mentionnés ci-dessus, note 5, il y en a quatre d'Auguste (Fr. 2, pr. *ad Sc. Velleianum* 16,1; Fr. 26, D., *de liberis* 28, 2; Fr. 8, pr. D., *de quæstionibus* 48, 18; *Fragm. de iure fisci* 8). Le Fr. 1, pr. D., *de testamento militis* 29, 1, fait dériver la forme privilégiée des testaments militaires d'un édit de Jules César. Enfin d'autres édits, mandats et rescrits des empereurs Auguste, Tibère, Claude, Nerva et Trajan sont mentionnés dans le *Corpus iuris* de Justinien : Pr. I., *quibus non est permissum testam. facere* 2, 12. — § 4, I., *de vulgari substitutione* 2, 15. — § 1, I., *de fideicomm. heredit.* 2, 23. — Fr. 2, pr. D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1 et *passim*.

[1] GAIUS, I, 6. — Fr. 6, § 1, D., *de custodia reorum* 48, 3.

[2] POMPONIUS, Fr. 2, § 44, D., *de origine iuris* 1, 2. « ... Aulus Ofilius.... idem edictum prætoris primus *diligenter composuit*. Nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit, etc. » *Voy.* ci-dessus, p. 240, notes 44. 45.

[3] Un factum byzantin du dixième siècle, Ἐκλογὴ νόμων dans le Πρόχειρος νόμος, ed. ZACHARIÆ, p. 229, donne à Julien un collaborateur, Servius Cornelius.

Il est difficile d'admettre cette opinion. D'abord aucun auteur ancien ne parle du travail de Julien comme d'un code qui aurait fixé la législation et mis fin à la publication des édits; et cependant cette innovation eût été trop importante pour que les historiens, et particulièrement les jurisconsultes, l'eussent passée sous silence. Nous avons, au contraire, la preuve certaine qu'après Julien encore, les préteurs publiaient et exposaient des édits[4]; et il paraît résulter de plusieurs passages de nos sources que, postérieurement à cette publication, le droit prétorien a subi encore quelques changements[5].

187. C'est un passage d'un auteur obscur du sixième siècle de l'ère chrétienne[6] qui a fait croire que *edictum perpetuum* est une loi immuable qui doit être observée à perpétuité, tandis qu'il est démontré par des preuves irrécusables que les mots *edictum perpetuum* et *edictum annuum* sont synonymes et servent tous deux à désigner les édits généraux ayant force obligatoire pour toute la durée de la magistrature, en opposition à ceux rendus dans des cas particuliers[7]. Toutefois, des renseignements que nous trouvons dans les historiens et dans nos sources de droit il résulte que Julien, étant préteur, donna réellement une forme nouvelle à l'édit des préteurs, en conservant ce qui était encore applicable, en retranchant les passages tombés en désuétude, en arrangeant convenablement le reste et en y ajoutant, à ce qu'il paraît, les dispositions de l'édit des édiles[8]. Mais rien ne nous autorise à croire que ce

[4] Ces preuves se trouvent dans Gaius et Ulpien, l'un et l'autre postérieurs à Julien : Gaius, I, 6. « Ius autem edicendi *habent* magistratus populi romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini.... Nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non *proponitur* ». – Ulpien, Fr. 7-9, D. *de iurisdictione* 2, 1. « Si quis id quod *iurisdictionis perpetuæ* causa, non quod prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corrupuerit, etc... » — En outre, le Fr. 6, D., *de custodia reorum* 48, 3, parle d'un *edictum* publié par Antonin le Pieux à l'époque où il était gouverneur d'Asie.

[5] Marcellus, Fr. 3, D., *de coniungendis cum emancipato liberis* 37, 8, en citant comme autorité l'édit de Julien, ajoute : *id est*, *ex nova clausula;* ce qui semble indiquer que des dispositions nouvelles ont été ajoutées à cet édit, soit par Julien même, soit par d'autres. Cette supposition trouve un appui dans le Fr. 1, § 13, D., *de ventre in possessionem mittendo* 37, 9, où Ulpien attribue la même disposition à un *novum edictum,* ce qui, évidemment à cette époque ne saurait s'entendre du travail de Julien.

[6] Eutrope, VIII, 17 (9), en parlant de l'empereur Julien, dit qu'il était « nepos Salvii Iuliani qui sub divo Adriano perpetuum composuit edictum. » Son paraphraste Pæanius ajoute : « Ἰουλιανοῦ γὰρ ἔκγονος ἦν, ὃς τὸ διηνεκὲς διάταγμα τοῖς Ἀδριανοῦ χρόνοις συνέταξεν, ὅ μέχρι νῦν Ἀδριάνιον καλεῖται, κατὰ τὴν τῶν Ἰταλῶν φωνὴν ἤδικτον περπέτουον. » — *Voy.* encore Aurelius Victor, *de Cœsaribus*, 19, qui va jusqu'à confondre le jurisconsulte Salvius Iulianus avec l'empereur Didius Iulianus.

[7] « Edicta prout res incidit. » *Voy.* ci-dessus, p. 219, note 3.

[8] *Voy.* la const. *Omnem reipubl.*, § 4, et Théophile, *ad* § 7, I., *de iure nat. gent. et civ.*, 1, 2. Cf. Paul, I, 13, 2. — Déjà Auguste avait transféré aux préteurs la juridiction civile des édiles. Dion Cassius, LIII, 2. Cf. Tacite, *Ann.*, XIII, 28.

travail ait été une œuvre législative destinée à mettre fin aux édits annuels, bien qu'il soit fort probable qu'il a été entrepris sous les auspices de l'empereur et qu'il a même été approuvé par un sénatus-consulte [9], peut-être à l'occasion de la nouvelle administration qu'Adrien donna à l'Italie.

188. Ce qui dut nécessairement assurer une grande autorité au travail dont nous venons de parler, ce fut la décadence dans laquelle tombèrent bientôt toutes les magistratures, y compris la préture. La rédaction de Julien servit de base aux édits postérieurs et aux commentaires des jurisconsultes [10]. Julien lui-même paraît avoir écrit un commentaire sur l'édit, et après lui, nous en trouvons d'autres de Vivien, Pomponius, Gaius, Saturninus, Furius Anthianus, Ulpien et Paul.

Malgré les nombreux travaux sur le droit prétorien, il ne nous en a été conservé que des fragments peu considérables, que les savants des siècles derniers et de nos jours ont réunis et commentés [11].

Les édiles, ainsi que les gouverneurs et questeurs des provinces, continuèrent également à publier des ordonnances [12]; mais, vers la fin de notre époque, ces édits disparaissent avec les magistratures.

LES JURISCONSULTES, *AUCTORITAS PRUDENTUM.*

Observations générales.

189. Les *prudentes* continuent au commencement de l'empire d'agir sur le droit romain avec la même énergie que vers la fin de la république : leur influence grandit même à mesure que l'autorité des préteurs s'affaiblit. C'est vers le milieu de notre époque que la science arrive à l'apogée de sa gloire et que les opinions de l'école influent plus puis-

[9] Const. *Tanta* (Δέδωκεν. *Dedit*), 18 (L. 2, § 18, C., *de vetere iure enucleando* 1, 17).

[10] *Voy.* entre autres les Fr. 1. 2, D., *de his qui infam. not.* 3, 2. Il paraît même qu'en général, Justinien suivit, dans le Digeste et dans le Code, l'ordre de l'édit.

[11] Le premier essai de ce genre fut fait par Eg. Baron. *Voy.* ses *Opera*, tome I, Paris, 1562. — Après lui vinrent Guil. Ranchin, 1597, dont le travail a été reproduit dans plusieurs éditions du *Corpus iuris*, et particulièrement dans les *Pandectæ Iustinianeæ* de Pothier. — Noodt, *Comment. in Iustiniani Digesta* 1, 28. — Westenberg, *Principia iuris secundum ordinem Digestorum.* — Wieling, *Fragmenta edicti perpetui*, etc. Franeker, 1733. — J. Gottl. Heineccius, *Edicti perpetui, ordini et integritati suæ restituti P. I. II*, dans ses *Opera posthuma*, Halle, 1744. — De Weyhe, *Libri tres edicti*, Celle, 1821. — Haubold a recueilli les textes, incontestablement originaux, de l'édit dans ses *Institutionum iuris romani.... lineamenta*, t. II, n° 2, travail reproduit dans Haenel, *Corpus legum*, p. 88-92. — Van Reenen, *Edicti perpetui fragmenta*, dans Den Tex et Van Hall, *Fontes tres iuris romani antiqui*. Amsterdam, 1840. — Le dernier travail, le plus complet et le plus savant est de Rudorff, *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quæ reliqua sunt* Leipzig, 1869.

[12] Gaius, I, 6.

samment sur le développement du droit que les constitutions des empereurs elles-mêmes.

L'action des jurisconsultes toutefois n'échappa point à l'influence envahissante des tendances nouvelles. Nous lisons qu'Auguste réglementa la faculté de donner des avis, *responsa*, qui de tout temps avait été libre, en donnant à certains jurisconsultes le droit *ut ex auctoritate eius responderent* (privilége que ses successeurs continuèrent d'accorder), et en soumettant les consultations à certaines formalités [1]. Nous n'avons aucun renseignement précis sur la portée de ce privilége, qui se confond peut-être avec une institution que l'on attribue à Adrien. Cet empereur aurait défendu aux juges de s'écarter des opinions ou avis émis par l'unanimité des jurisconsultes ayant reçu le pouvoir de fixer le droit, *quibus permissum est iura condere*[2]? Quels étaient ces jurisconsultes? Comment se manifestaient leurs opinions, se donnaient leurs avis? Comment se constatait l'unanimité? Ce sont là des questions qu'il est impossible de résoudre avec les renseignements que nous possédons [3]. Cette lacune, au reste, est moins regrettable qu'on ne pourrait le croire au premier abord : car rien n'indique que l'action des jurisconsultes brevetés ait été pour quelque chose dans les progrès importants que la jurisprudence réalisa pendant notre époque [4].

L'étude du droit avait, en effet, dès le septième siècle de Rome, pris un essor assez puissant pour ne pas succomber sitôt sous la protection

[1] Pomponius, Fr. 2, § 47, D., *de origine iuris* 1, 2. « .... Masurius Sabinus in equestri ordine fuit, et publice primus respondit, posteaque hoc cœpit beneficium dari a Tiberio Cæsare, hoc tamen illi concessum erat. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsis scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus Divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate eius responderent, et ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit; et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri prætorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis : Hoc non peti, sed præstari solere, et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se si populo ad respondendum se præpararet. Ergo Sabino concessum est a Tiberio Cæsare, ut populo responderet. Qui in equestri ordine iam grandis natu, et fere annorum quinquaginta receptus est. Huic nec amplæ facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est... » — § 8, I., *de iure naturali gentium et civili* 1, 2, à la note suivante.

[2] Gaius, I, 7. « Responsa prudentum... quibus permissum est iura condere : quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, iudici licet, quam velit sententiam sequi. Idque rescripto D. Hadriani significatur. » — § 8, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2. « Nam antiquitus institutum erat, ut essent, qui iura publice interpretarentur, quibus a Cæsare ius respondendi datum est... Quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut iudici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum. » — Théophile, *paraphr. ad h. l.* — *Voy.* aussi Sénèque, *epist.*, 94.

[3] Aussi n'avons-nous garde de rendre compte des essais plus ou moins ingénieux que les érudits modernes ont tentés pour élucider la matière.

[4] A en juger de ce que Pomponius nous dit de Sabinus, vers la fin du passage transcrit à la note 1, il ne paraît pas même que le brevet impérial ait été toujours fructueux.

réglementaire des Césars. Plus le droit public perdit, sous l'empire, d'intérêt et d'importance, plus les efforts des jurisconsultes se dirigèrent vers la théorie du droit privé. Cette tendance avait été préparée par la philosophie grecque, dont l'influence, déjà grande vers la fin de la république, devint plus puissante encore sous les empereurs. C'est surtout la doctrine des stoïciens que les esprits les plus élevés de l'époque cultivent et chérissent, et dont les principes et la méthode rigoureuse se font sentir dans la science du droit [5]. Aussi les travaux des éminents jurisconsultes qui se succédèrent sans interruption jusque sous le règne d'Alexandre Sévère et qu'on a l'habitude de distinguer sous le nom de jurisconsultes classiques, sont-ils encore aujourd'hui considérés comme les plus beaux monuments de la science juridique. — Pour apprécier entièrement l'influence des *prudentes* sur les progrès du droit de l'époque, il faut encore se rappeler la part qu'ils prirent à la législation dans le conseil de l'empereur [6].

Les deux écoles.

190. « Il avait existé de tout temps à Rome des dissidences d'opinion entre les *prudentes* [7] ; mais, sous le règne d'Auguste, ces dissidences devinrent assez systématiques pour constituer la division des jurisconsultes en deux sectes ou écoles distinctes. Les fondateurs de ces deux écoles furent Labéon et Capiton [8].

[5] Toutefois, il faut se garder d'exagérer l'influence que la philosophie stoïque a exercée sur le développement du droit romain, et surtout ne pas croire sur parole les commentateurs des siècles derniers, qui, souvent fort peu instruits dans l'histoire de la philosophie, avaient l'habitude de prendre pour une maxime stoïcienne tout principe général qu'ils trouvaient dans les écrits d'un jurisconsulte. — *Voy.* SCHRADER, ad Pr. I., *de iustitia et iure* 1, 1, et un article de M. GÉNOUILHAC, dans la *Revue de législation*.

[6] *Voy.* ci-dessus, p. 247, note 14.

[7] AULU-GELLE, XII, 13. « Si aut de vetere... iure, aut recepto, aut controverso, aut ambiguo, aut novo, aut constituto dicendum esset, etc. » — Des exemples de pareilles controverses sont très-nombreux. CIC., *de oratore*, I, 38. 41. 56. 57 ; *Brutus*, 52 ; *Topica*, 10. 14 ; *pro Murena*, 13; *de finibus*, I, 4; *ad famil.*, II, 50. VII, 22. – AULU-GELLE, XVII, 7. – Fr. 6, § 2, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. – Fr. 30, D., *pro socio*, 17. 2. – GAIUS, III, 149, et § 2, I., *de societate* 3, 25. – Fr. 29, § 1. 2, D., *de legatis III* (32). – Fr. 16, § 1, D., *de instrumento legato* 33, 7. – Fr. 3, § 3, D., *de acquirenda possessione* 41, 2. Cf. Fr. 68, pr. D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 4, D., *de captivis* 49, 15, etc.

[8] Les renseignements que les anciens nous ont transmis sur ces deux jurisconsultes sont peu considérables et ne suffisent certes pas pour porter un jugement décisif, d'autant moins que nous ne connaissons rien des ouvrages de Capiton, et que nous ne possédons que peu de fragments de ceux de Labéon. Mais cela n'a pas empêché les érudits de juger, à l'aide d'hypothèses plus ou moins hardies, le mérite et la tendance de ces deux chefs d'école, et d'entrer à cet égard dans tous les détails imaginables. Nous avons cru devoir nous borner ici à analyser le plus succinctement possible les faits essentiels, ainsi que les opinions les plus importantes des auteurs sur les deux écoles, sauf à y ajouter quelques observations et les passages les plus remarquables des anciens sur Labéon et Capiton.

Antistius Labeo (fr. 64), fils d'un jurisconsulte qui était tombé à Philippes en combattant contre le triumvirat [9], avait hérité des sentiments républicains de son père. Il fit une constante opposition à la monarchie naissante et refusa le consulat qu'Auguste lui offrait pour se l'attacher [10]. Élève de Trebatius Testa et nourri de la philosophie grecque, surtout de celle des stoïciens, il acquit bientôt une grande réputation par sa pénétration extraordinaire et sa conséquence inflexible [11]. Indépendant dans la science comme dans sa conduite politique, il ne soumettait point son jugement aux autorités; il tâchait de pénétrer la nature des différentes institutions; il en tirait avec confiance les conclusions qui devaient en dériver, ces conséquences dussent-elles même être en contradiction avec les idées reçues : il se montrait franchement novateur dans la science [12]. De nombreux disciples suivirent l'exemple de Labéon. On les désignait sous le nom de Proculéiens, de Proculus, l'un des chefs de l'école [13].

L'école opposée datait d'Ateius Capito, homme d'une grande érudition [14],

[9] Il se fit tuer par un de ses esclaves, après l'avoir affranchi. Appien, *de bellis civ.*, IV, 135.

[10] Pomponius, Fr. 2, § 47, D., *de origine iuris* 1, 2. « ... Ateius consul fuit; Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit. » — Tacite, *Ann.*, III, 75. « Capito Ateius... Consulatum ei adceleraverat Augustus, ut Labeonem Antistium, iisdem artibus (studiis civilibus) præcellentem, dignitate eius magistratus anteiret. Namque illa ætas *duo pacis decora* simul tulit; sed Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probatur. Illi, quod præturam intra stetit, commendatio ex iniuria : huic, quod consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur. » — Suétone, *Octave*, 54. — Aulu-Gelle, XIII, 12. — Dion Cassius, LIV, 15.

[11] Pomponius, Fr. 2, § 47, D., *de orig. iur.* 1, 2. « Post hunc... Antistius Labeo, qui omnes hos audivit; institutus est autem a Trebatio. » — Tous les anciens sont unanimes dans l'éloge de Labéon. *Voy.* le Fr. cité de Pomponius, le passage de Tacite, note 10, et Aulu-Gelle, XIII, 10, 12, qui lui attribue de vastes connaissances non-seulement dans la science du droit, mais encore dans l'histoire, dans la grammaire, et, en général, dans les sciences philosophiques. Le nombre de ses ouvrages paraît avoir été très-considérable; d'après Pomponius, il aurait laissé *quadringenta* (*quadraginta?*) *volumina*. Nous n'en avons que des fragments épars dans le *Digeste*.

[12] Pomponius, Fr. 2, § 47, D., *de orig. iuris* 1, 2. « ... Hi duo primum *veluti* diversas sectas fecerunt; nam Ateius Capito in his quæ ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinæ, qui et in ceteris sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit. » Quoique étant disciple de Trebatius, il n'en différait pas moins souvent d'opinion avec lui. *Voy.* Aulu-Gelle, IV, 2, 9. — Fr. 1, § 41, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 1, § 2, D., *de per. et comm. rei vend.* 18, 6. — Fr. 29, pr. Fr. 100, § 1. 3, D., *de legatis III* (32). — Fr. 19, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 3, § 5, D., *de acq. poss.* 41. 2. — Fr. 22, § 3, D., *quod vi aut clam* 43. 24. — Nous devons entre autres à Labéon la sanction des codicilles (Pr. I., *de codicillis* 2, 25. « ... Post quæ tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur); et l'introduction de l'action générale *in factum* qui amena la création des contrats dits innomés. Fr. 1, § 1. Fr. 19, § 1, D., *de præscriptis verbis* 19, 5, et ci-après, t. II, § 243.

[13] Proculiani. Fr. 2, § 47, D., *de origine iuris* 2, 4 et *passim*. — On les appelle aussi quelquefois Pégasiens, de Pégasus, autre chef de l'école; mais il est fort douteux que les anciens aient employé cette dénomination. *Voy.* Bach, *Historia iuris romani*, lib. III, c. 1, *sectio* 6, § 23.

[14] Tacite, *Ann.*, III, 70. 75. « Humani divinique iuris sciens » ... « principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus ». — Aulu-Gelle, X, 20. « Publici privatique iuris peritissimus. » — Macrobe, *Saturn.*, VII, 13. « Pontificii iuris inter primos peritus. »

mais qui, dans la science comme dans sa vie politique, montrait un esprit peu indépendant. Comme homme public, il s'attachait servilement aux oppresseurs de la liberté de son pays; il sut mériter ainsi les bonnes grâces d'Auguste et même de Tibère [15]. Comme jurisconsulte, il suivait avec ténacité les opinions qu'il avait recueillies des grands maîtres [16]. Mais s'il n'était guère estimé des contemporains, si ses ouvrages ne jouissaient que d'une réputation médiocre [17], son école n'en produisit pas moins des jurisconsultes très-célèbres. On les appelle Sabiniens, d'après Masurius Sabinus, ou Cassiens, d'après C. Cassius Longinus [18].

191. Les savants se sont beaucoup efforcés de déterminer le caractère distinctif de chacune des deux écoles. Les uns, en se fondant sur les renseignements que nous possédons sur Labéon et Capiton, ont voulu assigner à leurs écoles un caractère politique, en considérant les Proculéiens comme poursuivant une tendance plus libérale, tandis que les Sabiniens auraient été les partisans du despotisme. Mais les faits sont loin de confirmer cette hypothèse; car, pour ne parler que des successeurs immédiats des deux chefs, l'élève de Labéon, Cocceius Nerva, fut l'ami de l'empereur Tibère [19], et C. Cassius Longinus, de qui les Cassiens prirent leur nom, fut un homme d'une grande fermeté; son indépendance lui valut même l'honneur d'être banni par Néron [20]. D'autres, s'appuyant de la tendance philosophique de Labéon et prenant la philosophie pour un vague sentiment d'équité, ont voulu faire des Cassiens les représentants du droit strict que les Proculéiens auraient cherché à faire fléchir devant l'équité [21]; mais cette hypothèse superficielle est si peu confirmée par les fragments des ouvrages qui nous restent des partisans des deux écoles, que d'autres savants se sont crus autorisés à assigner aux deux sectes des rôles diamétralement opposés [22]. Enfin, d'autres pensent que les deux écoles différaient particulièrement par la méthode,

[15] Pomponius, Fr. 2, § 47, D., *de orig. iur.* 1, 2. « ... Ex his Ateius consul fuit, Labeo noluit... » (Note 10.) *Voy.* aussi Tacite, *Ann.*, III, 70, où Capiton renchérit sur la sévérité de Tibère et l'engage à faire des poursuites injustes sous prétexte du bien public, « quasi per libertatem, » dit Tacite en ajoutant : « Capito insignitior infamia fuit, quod humani divinique iuris sciens egregium publicum et bonas domi artes dehonestavisset. » Le même, III, 75. — Nous trouvons encore une preuve des sentiments serviles de Capiton à propos d'une simple question de grammaire dans Suétone, *de illustr. grammat.*, 22.

[16] *Voy.* note 12.

[17] Il ne nous est rien resté des ouvrages de Capiton.

[18] Fr. 2, § 47, D., *de origine iuris* 1, 2. – Pline, *epist.*, VII, 24. – § 25, I., *de rerum divisione* 2, 1 et *passim*.

[19] Tacite, *Ann.*, VI, 26. – Dion Cassius, LVIII, 21, rapporte que Nerva, révolté des extravagances de Tibère, se laissa mourir de faim.

[20] Tacite, *Ann.*, XIII, 48. XIV, 43 et seqq. XVI, 7, 9. – Suétone, *Néron*, 37.

[21] Bach, *Historia iuris romani*, lib. III, c. 1, sectio 6, §§ 7. 8.

[22] L'on peut voir à ce sujet Hommel, *de princip. causa diss. inter Labeonem et Capitonem horumque sectatores*. Lips., 1750. – Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 7, notes 16 et suiv.

en ce que les Sabiniens auraient cherché à appuyer leur doctrine de quelque autorité, soit de l'expérience, soit de la jurisprudence des auteurs ou des tribunaux, soit même des idées généralement reçues; tandis que les Proculéiens auraient procédé d'une manière plus indépendante en appliquant au droit une logique rigoureuse, et en tirant des principes une fois établis les conclusions qui en devaient résulter [23]. Cette opinion, quoiqu'elle ne soit pas non plus prouvée d'une manière irréfragable, n'est cependant pas démentie par les renseignements positifs que nous possédons, et elle est assez conforme à l'idée que nous devons nous former des chefs des deux sectes [24]. Il peut paraître étonnant, au premier abord, que l'école des Sabiniens, procédant d'une manière assez étroite, ait cependant, en somme, produit des jurisconsultes plus célèbres que celle des Proculéiens. Mais on ne doit pas perdre de vue que plus le principe de ces derniers était élevé, plus il présentait de difficultés, et plus il exposait nécessairement ceux qui le suivaient à tomber dans des erreurs, tandis que les partisans de l'école opposée, en scrutant moins sévèrement et en agissant avec moins de hardiesse, étaient mieux préservés de ce danger. Toutefois, il se pourrait que même les erreurs de l'école proculéienne aient été plus favorables au développement de la législation que les savants travaux de leurs adversaires.

192. Quoi qu'il en soit, la séparation des deux écoles dura assez longtemps. Gaius, qui vécut du temps de Marc-Aurèle, se donne encore pour partisan de l'école des Sabiniens, *nostri præceptores*, qu'il oppose à celle des Proculéiens, *diversæ scholæ auctores* [25]. Cependant les partisans d'une école n'étaient pas assez serviles pour rejeter aveuglément les opinions de l'école opposée [26]. Peu à peu même, les dissidences s'effacèrent, et nous trouvons à la fin beaucoup de jurisconsultes qui n'appartiennent à aucune des deux sectes [27]. Après Marc-Aurèle, il n'en reste plus de trace.

[23] Dirsken, *Beiträge*, pages 50-119. – Zimmern, *Geschichte des R. Privatr.*, tome 1, § 66. – M. Giraud, *Introd. historique des Éléments d'Heineccius*, page 312.

[24] « Labéon, esprit élevé et étendu, dialecticien subtil et novateur audacieux, soumettait out au creuset de sa logique, tandis que Capiton, érudit timide et modeste, suivait avec respect les traces de ses devanciers. » M. Giraud, *l. l.*, p. 316.

[25] Gaius, I, 196 (Ulpien, XI, 28). – Le même, II, 15. 37. III, 87. 98. 141 (§ 2, I., *de emt. et vend.* 3, 23), etc.

[26] Aulu-Gelle, XIII, 12.–Gaius, II, 218. III, 98, 167. – Fr. 3, D., *de usufructu earum rerum.* 7, 5. – Fr. 9, § 14. Fr. 11, D., *de heredibus instit.* 28, 5. – Fr. 62, pr. D., *de acquirenda hereditate* 29, 2. – Fr. 54, pr. D., *de condicionibus et demonstrat.* 35, 1. Le Caius dont il s'agit dans ce texte est évidemment Caius Cassius Longinus. (*Voy.* ci-après, note 36.) – Fr. 2, § 1. Fr. 20, § 3. Fr. 28, § 1, D., *de statu liberis* 40, 7. — Chez Gaius, III, 140, nous voyons, dans une controverse, Ofilius et Proculus contre Labéon (et peut-être Cassius).

[27] Les modernes les appellent arbitrairement *miscelliones*, d'après un passage de Festus « *Miscelliones* appellantur, qui non certæ sunt sententiæ sed variorum mixtorumque iudiciorum

193. Pomponius, l'auteur d'un fragment du Digeste très-important pour l'histoire du droit romain, énumère les jurisconsultes de notre époque d'après la secte à laquelle ils ont appartenu [28]. Il range parmi les partisans de Labéon deux jurisconsultes du nom de Nerva, père et fils. Nous avons déjà fait mention du premier; le second était fort estimé de Néron, et on le croit père de l'empereur Nerva, successeur de Domitien [29]. Vers la même époque vécut Proculus (fr. 37), qui jouit d'une très-grande autorité et qui donna son nom à l'école de Labéon [30]. Après lui vinrent Pegasus, préfet de la ville sous Vespasien et probablement auteur du sénatus-consulte Pégasien, Iuventius Celsus et son fils P. Iuventius Celsus, qui furent consuls l'un et l'autre (le fils deux fois consul et en outre membre du conseil d'Adrien, fr. 142) [31] et Neratius Priscus (fr. 64) pour lequel Trajan avait tant d'estime qu'il songea à le désigner pour son successeur à l'empire [32].

Parmi les Sabiniens, Pomponius [33] cite d'abord Masurius Sabinus, de qui les partisans de Capiton prirent le nom de Sabiniens [34]. Il reçut de

sunt. » Dans la plupart des ouvrages des siècles derniers, on trouve encore le mot *herciscundi* pour désigner les jurisconsultes éclectiques. Cette expression bizarre doit son origine à une leçon erronée dans Servius, *ad Verg. Æn.*, III, 60. Ce commentateur, après avoir parlé de diverses opinions sur le sort de l'âme après la mort, ajoute : « Rite ergo reddita legitima sepultura, redit anima ad quietem sepulcri, quam stoici *terris condi*, i. e., medium secuti, tamdiu durare dicunt, quamdiu durat corpus. » Or Cujas, lisant dans un manuscrit au lieu de *terris condi*..., le mot *herciscundi*, crut que les anciens s'étaient servis de ce terme pour désigner les philosophes qui n'appartenaient pas à une secte déterminée (*medium secuti*); et c'est ainsi que ce mot a passé dans les ouvrages sur l'histoire du droit romain. *Voy.* Bach, *Hist. jurispr. rom.*, lib. III, c. 2, sect. 5, § 3, et Hugo, *Geschichte des Römischen Rechts*, page 833 (XIe édition).

28 Fr. 2, § 47, D., *de origine iuris* 1, 2.

29 Tacite, *Annales*, XV, 72. – Fr. 1, § 3, D., *de postulando* 3, 1. Il a écrit *de usucapionibus*. Fr. 47, D., *de acq. poss.* 41, 2.

30 On n'est pas d'accord sur son prénom. Les uns l'appellent Sempronius, en se fondant sur le Fr. 47, D., *de legatis II* (31); d'autres pensent que c'est le même Licinius Proculus dont parle le Fr. 17, D., *de iure patron.* 37, 14, et qui fut préfet du prétoire sous Othon (Tacite, *Hist.*, I, 46. 82. 87. II, 39. 40. 49. 60). Il a écrit *Epistolarum libri* et des *notes sur Labéon*, à moins que ces dernières n'aient fait partie des *Epistolæ*. *Voy.* Fr. 69, D., *de contr. emt.* 18, 1. – Fr. 12, § 1, D., *de præscr. verbis* 19, 5. Cf. Wieling, *Iurispr. restituta*, p. 118. — Le testament de Dasumius, lin. 26, contient un legs en faveur d'un *Proculus iureconsultus*. Cf. ci-dessus, p. 12, note 51.

31 Nous n'avons que fort peu de renseignements sur Pegasus (note 13). Gaius, I, 31. II, 254. III, 64. – § 5, I., *de fideic. hered.* 2, 23. — Celsus père est peu connu; le fils fut deux fois consul sous Trajan et Adrien. Il a écrit *Digesta, Commentarii* et *Quæstiones*. Le Digeste contient 142 fragments de lui; et il y est souvent mentionné d'une manière fort honorable. Il est encore très-connu à cause de la réponse peu polie qu'il fit à une consultation qui lui parut niaise. (*Quæstio Domitiana, responsio Celsina*. Fr. 27, D., *qui testamenta facere possunt* 28, 1.)

32 Spartien, *Adrien*, 4. « Frequens sane opinio fuit, Traiano id animi fuisse, ut Neratium Priscum, non Adrianum, successorem relinqueret... usque adeo, ut Prisco aliquando dixerit : Commendo tibi provincias, si quid mihi fatale acciderit. » Il a écrit *Regulæ, Membranæ, Responsa, Epistolæ*, et peut-être *Libri ex Plautio*. — *Voy.* ci-après, note 38.

33 Fr. 2, § 47, D., *de origine iuris* 1, 2.

34 *Voy.* ci-dessus, note 18.

Tibère le *ius respondendi* et vécut encore sous Néron [34]. Quoique le Digeste ne contienne rien de lui, il est cependant certain qu'il jouissait d'une grande autorité. C. CASSIUS LONGINUS, de qui vient le nom de Cassiens [35] ne doit pas être confondu avec L. CASSIUS LONGINUS [36]. Après eux vinrent CÆLIUS SABINUS, consul sous Vespasien, PRISCUS IAVOLENUS (fr. 206), qui florissait sous Trajan et qui fut un des jurisconsultes les plus distingués de son école [37]. Il eut pour élèves TUSCIANUS, ABURNUS VALENS (fr. 20) et le célèbre JULIEN [38].

Ici finit le tableau de Pomponius [39]. Nous remarquons, en outre, avant Julien, URSEIUS FEROX, sur lequel Julien fit un commentaire, P. ATILICINUS, contemporain de Proculus et de Nerva, ARISTON, l'un des plus célèbres jurisconsultes sous Trajan, et PLAUTIUS, sur lequel écrivirent Priscus Iavolenus, Pomponius et Paul [40].

Les jurisconsultes à partir d'Adrien.

194. C'est particulièrement à partir du règne d'Adrien que nous voyons paraître les grands noms qui assurèrent à la jurisprudence romaine une supériorité non contestée.

SALVIUS IULIANUS (fr. 457) remplit les fonctions les plus élevées sous Adrien, Antonin le Pieux et Marc-Aurèle. Son travail sur l'édit acquit une

[35] Fr. 2, § 47, D., *cité*. « .... Ergo (Masurio) Sabino concessum est a Tiberio Cæsare, ut populo responderet, qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. Huic nec amplæ facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est. — AULU-GELLE, XI, 18, 11. XIV, 2, 1. — GAIUS, II, 218. III, 183. Les *libri III iuris civilis* de Masurius avaient une si grande autorité que plusieurs jurisconsultes célèbres, Ariston, Fufidius, Pomponius, Paul et Ulpien composèrent des commentaires et des notes sur cet ouvrage. Cf. AULU-GELLE, IV, 1, 21. IV, 2, 15. V. 13, 5. Il écrivit, en outre, *Commentarii, Memorialia, Fasti, Responsa*. — On l'appelle habituellement MASSURIUS; mais l'orthographe que nous avons adoptée, MASURIUS, est imposée par un vers de PERSE, V, 90. « Excepto si quid Masuri rubrica vetavit. »

[36] Ce fut ce dernier que Caligula voulut faire périr sur la foi d'un oracle qui avait répondu : « Ut sibi a Cassio caveret. » (SUÉTONE, *Calig.*, 57, et DION CASSIUS, LIX, 29).—Au reste, C. Cassius est souvent appelé Caius tout court; et c'est de lui, et non point de Gaius, qui vécut sous Marc-Aurèle, qu'il s'agit dans les *Libri ex Cassio* du jurisconsulte Javolenus. Cf. 70, pr. D., *de usufr.* 7, 1. Fr. 54, pr. D., *de condic. et dem.* 35, 1. — Fr. 39 in f., D., *de stipulatione servorum* 45, 3.—Fr. 78, D., *de solut.* 46, 3.

[37] PLINE, *Ep.*, VI, 15. — Fr. 55, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 55, D., *de condic.* 35, 1. — Fr. 5, D. *de manum. vind.* 40, 2. C'est de lui, et non point de Neratius Priscus, qu'il est question quand nous trouvons le simple nom Priscus. PLINE, *l. l.* — Fr. 10, § 2, D., *de usu* 7, 8. Il a écrit *Libri ex Cassio et Plautio, ex posterioribus Labeonis*, et *Epistolæ*.

[38] Nous ne savons rien sur *Tuscianus* — *Aburnus* ou *Aburius Valens* vécut sous Trajan, et il paraît qu'il a encore fait partie du conseil d'Antonin le Pieux. CAPITOL., *Pius* 12. Il a écrit sur les *fidéicommis* et les *actions*. — Nous reviendrons sur *Julien*, qui se dit lui-même élève de Javolenus, au Fr. 5, D., *de manum. vindicta* 40, 2.

[39] Pour le compléter, il faut y ajouter, comme Sabiniens, POMPONIUS lui-même et GAIUS (ci-après, notes 44-49).

[40] *Iulianus ad Urseium. Voy. Index florent.*, et *Coll. leg. Mosaic.*, XI, 7. — *Atilicinus* est cité

autorité immense et servit de base à tous les travaux ultérieurs sur cette matière [41]. Un de ses contemporains, et peut-être son élève (S. Cæcilius) Africanus (fr. 131), jouit d'une grande réputation de son temps; mais nous ne connaissons de lui qu'un seul ouvrage, dans lequel il se montre souvent d'une subtilité excessive [42]. Sous Antonin, nous trouvons encore Volusius Mæcianus (fr. 44), qui compta Marc-Aurèle au nombre de ses élèves [43]; Terentius Clemens, dont nous ne savons rien, si ce n'est que ses vingt livres *ad legem Iul. et P. P.* ont fourni 35 fragments au Digeste.

Les nombreux fragments que le Digeste contient de Pomponius (ils sont au nombre de 588), et surtout le passage du titre *de origine iuris* que Justinien lui attribue, et qui est une source très-importante pour l'histoire de la jurisprudence romaine, ont valu à ce jurisconsulte une grande célébrité [44]. Il était Sabinien [45]; mais en dehors de ce point, les renseignements que nous possédons sur lui sont si incomplets, que les érudits n'ont pas encore pu tomber d'accord sur la question de savoir s'il ne faut pas admettre deux Pomponius, l'un appelé Sextus et antérieur à Julien, l'autre contemporain de Marc-Aurèle.

Gaius ou Caius (fr. 536), dont la réputation était déjà grande dans l'antiquité [46], a acquis pour nous une importance toute particulière, par suite de la découverte de ses Institutes, qui ont jeté tant de lumières sur l'histoire du droit romain. Mais sa vie est beaucoup moins connue que ses ouvrages; nous ignorons même jusqu'à son nom, son origine, sa patrie [47].

comme contemporain de Proculus, au Fr. 17, D., *de pactis dotalibus* 23, 4. — *Ariston* était élève de C. Longinus et ami de Pline le Jeune, qui en fait le plus grand éloge. Pline, *Ep.*, I, 22. VIII, 14. Aulu-Gelle, XI. 18, 16. Le Digeste cite de lui des *notes* sur Labéon, Cassius et Sabinus. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 243, note 7. — Nous ne savons presque rien sur *Plautius*.

41 *Voy.* ci-dessus, p. 288, note 10, et Spartian., *Hadr.*, 18; *Didius Iulianus*, 1. — Capitol., *Pius*, 12. — Marc-Aurèle et Verus l'appellent *amicus noster*. Fr. 17, pr. D., *de iure patronatus* 37, 14.

42 Aulu-Gelle, XX, 1.

43 Vulcat. Gallic., *Avidius Cassius*, 7. — Capitol., *Pius*, 12; *Marcus*, 3. — Nous ne savons rien de précis sur les ouvrages de Volusius Mæcianus. On lui attribue ordinairement la petite dissertation *de Assis distributione*, dont nous avons parlé p. 17, nº 4.

44 Il est, au reste, fort douteux si le fameux Fr. 2, D., *de origine iuris* 1, 2, est réellement tiré de l'ouvrage de Pomponius, intitulé *Enchiridion*, comme l'indique l'inscription du *Digeste*, ou s'il n'est pas plutôt une compilation de plusieurs auteurs différents à laquelle les rédacteurs du *Digeste* ont donné le nom de Pomponius, parce qu'il en avait peut-être fourni la majeure partie. Cette dernière opinion paraît d'autant plus admissible que Lydus, *de magistr. reip. Rom*, 1, 26, cite les §§ 22 et 23 de ce fragment comme étant tirés de l'ouvrage de Gaius sur la loi des Douze Tables. *Voy.*, au reste, Wenck, *Magister Vacarius*, page 94, note *m.* et Niebuhr *Röm. Gesch.*, tome I, page 277 (IVᵉ édition).

45 Gaius, I, 217. 218.

46 Cf. ci-après, nº 234. Cependant aucun des jurisconsultes classiques ne fait mention de lui.

47 Généralement les Romains ont trois ou au moins deux noms. Cependant notre jurisconsulte n'en porte qu'un seul; encore ignorons-nous si c'est le *nomen gentile* ou un prénom. — Divers faits, que les limites de notre ouvrage nous empêchent d'exposer, peuvent faire supposer qu'il était originaire de l'Asie Mineure.

L'époque à laquelle il florissait est également fort contestée parmi les érudits, et il s'est trouvé des auteurs qui le font vivre au cinquième ou sixième siècle de l'ère chrétienne. Cette opinion est évidemment erronée. Il résulte de plusieurs passages de Gaius même qu'il vivait sous Adrien, Antonin le Pieux et Marc-Aurèle, même encore sous Commode [48]. Parmi ses nombreux ouvrages, qui ont fourni 536 fragments au Digeste, nous nous bornons à citer ses *Institutionum commentarii IV* et ses *Res quotidianæ sive aureæ,* qui ont servi de base et de modèle aux Institutes de Justinien [49]. Il se proclame lui-même Sabinien dans plus d'un passage de ses Institutes.

ULPIUS MARCELLUS (fr. 158), après avoir siégé dans le conseil d'Antonin le Pieux, se distingua encore sous Marc-Aurèle et sous Commode, autant comme capitaine que comme jurisconsulte [50]. Q. CERVIDIUS SCÆVOLA (fr. 307) eut pour élèves l'empereur Septime-Sévère et le célèbre jurisconsulte Papinien [51]. Vers la même époque vécurent JUNIUS MAURICIANUS (fr. 4), CLAUDIUS SATURNINUS que plusieurs interprètes croient être le même que VENULEIUS SATURNINUS (fr. 1), PAPIRIUS JUSTUS, qui fit une collection de constitutions impériales (fr. 10), TARRUNTENUS PATERNUS, qui écrivit *de Re militari* et fut mis à mort sous Commode (fr. 2) [52].

195. ÆMILIUS PAPINIANUS (fr. 596) fut le condisciple, l'ami et le ministre de l'empereur Sévère, qui, en mourant, le chargea de maintenir la concorde entre ses deux fils. Caracalla, ayant fait périr son frère Géta, pria Papinien de justifier ce crime auprès du sénat, et sur son refus, il le fit assassiner [53]. Papinien jouissait d'une vénération méritée, tant à cause de son caractère que de ses connaissances. On l'a appelé le prince des jurisconsultes. Les historiens, les auteurs de droit, les empereurs lui donnent les épithètes les plus flatteuses, et au cinquième siècle encore, son autorité comme jurisconsulte primait celle de tous les autres [54].

[48] GAIUS, I, 53. 74. 102. II, 126. 195. – Fr. 11, pr. D., *de iurisdictione* 2, 1. – Fr. 73, D., *de legatis I* (30), combiné avec ULPIEN, XXIV, 23. – Fr. 56, D., *de legatis II* (31). – Fr. 69, D., *de legatis III* (32). – Fr. 7, pr. D., *de rebus dubiis* 34, 5. – Fr. 90, D., *de condicionibus et dem.* 35. 1. – Fr. 63, § 5, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. Fr. 9, D., *ad Sc. Tertull. et Orfitianum* 38, 17.

[49] Const., IMPERATORIAM MAIESTATEM, § 6... Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et præcipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum, quam rerum quotidianarum... legimus... — *Voy.* sur les *Institutiones,* ci-dessus, p. 16, nº 1, et ci-après, nº 252.

[50] DION CASSIUS, LXXII, 8. – CAPITOL., *Pius,* 12. – ZONARAS, XII, 4.

[51] CAPITOL., *Marcus,* 11. – SPARTIEN, *Caracalla,* 8. — Modestin le compte avec Paul et Ulpien parmi les κορυφαῖοι τῶν νομικῶν. Fr. 13, § 2, D., *de excusationibus* 27, 1.

[52] Étant préfet du prétoire de cet empereur. LAMPRIDE, *Commode,* 4.

[53] DION CASSIUS, LXXII, 1. 2. LXXVI, 10. 14. LXXVII, 4. – CAPITOLIN., *Marcus,* 11. – SPARTIAN., *Caracalla,* 8. – ZOSIME, I, 9. — C'est en se fondant sur une inscription dont l'authenticité est plus que douteuse, que la plupart des interprètes soutiennent qu'il serait mort à l'âge de 30 ans. *Voy.* GRUTER, *Inscr.,* p. 340, nº 8. – TERRASSON, *Hist. de la jurispr. rom.,* p. 274. – HEINECCIUS, *Hist. iuris,* § 330. – ZIMMERN, *Gesch. d. Röm. Privatrechts,* § 98, notes 3. 4.

[54] SPARTIAN., *Sévère,* 21, l'appelle « iuris asylum et doctrinæ legalis thesaurus. » — *Voy.* aussi

Parmi les ouvrages de Papinien, on remarque particulièrement *Responsa* et *Quæstiones*.

Les deux jurisconsultes qui ont fourni le plus de fragments à la compilation de Justinien sont Ulpien et Paul.

Domitius Ulpianus (fr. 2461), né en Phénicie [55], fut préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, et l'un des conseillers les plus intimes de cet empereur. Il mourut assassiné par les gardes prétoriennes qu'il avait irritées par ses réformes [56]. Les érudits se sont livrés à des discussions aussi animées qu'oiseuses sur la valeur morale d'Ulpien. Tandis que, sur la foi d'un historien, on s'est cru autorisé à en faire le plus grand éloge, d'autres lui ont fait les reproches les plus sanglants, particulièrement à cause d'une persécution qu'il aurait dirigée contre les chrétiens [57]. — Quoi qu'il en soit, sa réputation de jurisconsulte est immense ; il occupe le premier rang après Papinien, et ses ouvrages ont fourni à peu près la moitié du Digeste. Nous avons, en outre, de lui un petit ouvrage, *Regularum liber* [58]. Ce qui distingue en général Ulpien, c'est une précision remarquable dans l'exposition et une grande clarté dans l'argumentation. Cependant on lui a reproché de trahir son origine par de nombreux hébraïsmes.

Iulius Paulus (fr. 2087), sur la patrie duquel les interprètes ont émis les opinions les plus opposées [59], fut assesseur de Papinien dans la préfecture du prétoire, dignité à laquelle il fut élevé lui-même par la suite [60]. Il a été peut-être l'auteur le plus fécond parmi les jurisconsultes romains. Nous ne possédons de lui qu'un livre *sententiæ receptæ* [61], et 2087 fragments contenus dans le Digeste. On lui reproche quelque obscurité et

Cassiodore, *Variæ*, VI, 5. — § 7, I., *de fid. hered.* 2, 23. — L. 30, C., *de fideicommissis* 6, 42. — L. 14, C., *de sententiis et interlocutionibus* 7, 45. — Const. Deo auctore, § 6 et *passim*. — *Voy.* encore ci-après, n° 234.

[55] Fr. 1, pr. D., *de censibus* 50, 15. « Tyriorum colonia, unde mihi origo est. »

[56] *Voy.* sur Ulpien, Lampride, *Alex. Sévère*, 15. 26. 27. 31. 34. 50. 51. 68; *Heliogab.* 16. — Spartien, *Pescennius Niger*, 7. — Aurel. Victor, *de Cæsar.*, 24. — L. 4, C., *de locato* 4, 55. — D'après Xiphilin., *ex Dione*, LXXX, init., il aurait aussi fait assassiner ses prédécesseurs. *Voy.* encore Zosime, I, 11. — Cf. Heineccius, *historia iuris*, § 336.

[57] On fonde cette accusation sur Lactance, *Div. Instit.*, V, 11. « ... Rescripta principum nefaria collegit, ut doceret, quibus pœnis affici oporteret eos qui se cultores Dei confiterentur, » et sur le Fr. 3, § 3, D., *de decur.* 50, 2.—Lampride, dans la vie d'Alexandre Sévère, fait à plusieurs reprises le plus grand éloge d'Ulpien.

[58] *Voy.* ci-dessus, page 17, n° 2.

[59] La ville de Padoue le réclame à cause d'une statue ancienne qui, d'après l'inscription qu'elle porte, est celle d'un Paulus. Reste à savoir si c'est le nôtre. Cf. Aulu-Gelle, V, 4, 1.

[60] Lampride, *Al. Sévère*, 26. 27. 68. — Spartien, *Pescennius Niger*, 7. — Aurelius Victor, *de cæsaribus*, 24. — Fr. 38, pr. D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 97, D., *de acquir. hereditate* 29, 2. — Fr. 74, § 1, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. — Fr. 50, D., *de iure fisci* 49, 14.

[61] *Voy.* ci-dessus, page 17, n° 3.

une trop grande subtilité; cependant il faut reconnaître qu'il est, en général, très-conséquent dans ses raisonnements.

D'autres contemporains des Sévère étaient Claudius Tryphoninus (fr. 79), Arrius Menander (fr. 6) et Æmilius Macer, qui écrivirent *de Re militari;* Papirius Fronto, Callistratus (fr. 101), Venuleius Saturninus (fr. 71. Cf. ci-dessus, note 52), Licinius Rufinus (fr. 17), Florentinus (fr. 42), Ælius Marcianus (fr. 282) et Tertullien, que plusieurs interprètes croient être le même que le célèbre Père de l'Église (fr. 5)[62].

Sous Alexandre Sévère, et encore après lui, florissait Herennius Modestinus, qui clôt la suite des jurisconsultes classiques[63]. Le Digeste contient 345 fragments tirés de ses ouvrages, dont plusieurs écrits en grec. Il peut être comparé aux bons auteurs des temps antérieurs; il jouissait encore d'une grande autorité sous les empereurs de l'époque suivante (ci-après nº 234).

Après lui, l'étude du droit tombe entièrement, et au vif éclat dont la jurisprudence a brillé depuis Trajan jusqu'à Alexandre Sévère, succède tout à coup, et pour ainsi dire sans transition appréciable, une profonde obscurité[64]. On ne cite même plus un seul jurisconsulte depuis Modestin jusque vers le milieu du quatrième siècle, à moins qu'on ne compte quelques auteurs dont les noms se trouvent dans les Pandectes, sans qu'on puisse déterminer exactement l'époque à laquelle ils ont vécu, comme Furius Anthianus (fr. 3), Rutilius Maximus (fr. 1) et Iulius Aquila (fr. 2).

De l'enseignement du droit et de la défense judiciaire.

196. Nous avons vu plus haut que, déjà vers la fin de la république, l'enseignement théorique vint se joindre à l'apprentissage pratique qui avait été exclusivement en usage pendant les premiers temps[65]. Le fait de l'existence des deux écoles suffit pour prouver que, sous l'empire, on

[62] Les limites de notre ouvrage nous défendent d'autant plus d'aborder cette controverse que nous ne possédons point les éléments nécessaires pour arriver à une solution certaine.

[63] Lampride, *Al. Sévère*, 68. – Capitol. *Maximinus iunior*, 1. Il figure comme juge dans la *lis fullonum* (ci-dessus, p. 11, nº 30) et vécut encore sous Gordien III. L. 5, C., *ad exhibendum* 3, 42. – L., ult. C., *si ex falso instr.* 7, 58. – Ulpien, Fr. 52, § 20, D., *de furtis* 47, 2, l'appelle *studiosus meus.*

[64] Ce phénomène s'explique en partie par la décadence universelle qui se manifeste dans toutes les sciences déjà bien antérieurement à cette époque. Mais il est permis d'en attribuer une grande part à la mesure de Caracalla qui, en un jour, étendit le droit romain à tous les sujets de l'empire (ci-dessus, p. 256, notes 6 sqq.). Comme il était impossible d'avoir du jour au lendemain un nombre de jurisconsultes suffisant pour l'énorme masse des affaires de droit civil, on y suppléa en scindant les nobles fonctions des anciens *prudentes.* La pratique judiciaire échut entièrement aux praticiens, *advocati* ou *causidici* (ci-après, note 78); la mission de rédiger les actes, si importante autrefois, tomba entre les mains des écrivains publics, *tabelliones,* dont la première mention se trouve chez Ulpien, Fr. 9, § 4, D., *de pœnis* 48, 19. Cf. ci-après, nº 224.

[65] *Voy.* ci-dessus, nº 135, et surtout la note 9, en ajoutant pour notre époque : Pomponius, Fr. 2,

continua dans cette voie, et il est très-probable que Labéon et Masurius Sabinus la suivirent dans l'enseignement qu'ils donnaient aux élèves qui se réunissaient autour d'eux [66]. Dans la dernière moitié du premier siècle de l'ère chrétienne, il paraît qu'on commença à séparer les deux méthodes. Il est, en effet, vraisemblable que des *stationes publice ius docentium* et *respondentium*, mentionnées par Aulu-Gelle [67], les premières étaient consacrées à l'enseignement théorique, tandis que dans les dernières on faisait, comme dans les écoles de rhétorique, des *disputationes* sur des questions pratiques [68]. Les écoles de Rome attiraient des élèves de toutes les parties de l'empire [69], bien que dans les provinces aussi il y eût des écoles florissantes où enseignaient des jurisconsultes de mérite. Tout fait supposer que Gaius voua toute son activité à l'enseignement, peut-être d'abord dans son pays natal [70], et il est plus que probable que d'autres jurisconsultes célèbres s'étaient fait une réputation comme professeurs avant d'entrer dans le conseil du prince [71]. Versle commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, nous trouvons à Béryte en Phénicie une école spéciale de droit qui acquit une grande célébrité et lutta avec avantage contre deux autres établissements du même genre qui se formèrent dans la suite à Rome et à Constantinople [72]. Toutes ces

§ 47, D., *de origine iuris* 1, 2 « .... Antistius Labeo, qui omnes hos *audivit : institutus* est autem a Trebatio... »

[66] Pomponius, Fr. 2, § 47, D., *de orig. iuris* 1, 2. « ... Antistius Labeo... annum ita diviserat, ut Romæ sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret... (Masurio Sabino) nec amplæ facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est... »

[67] Aulu-Gelle, XIII, 13, 1. « .... Quæsitum esse memini in plerisque Romæ *stationibus ius publice docentium* aut *respondentium*, an quæstor populi romani ad prætorem in ius vocari possit... » Il ne faut pas conclure des mots *publice docere*, qu'il y ait déjà eu à cette époque des *écoles publiques de droit* dans le sens moderne. Cf. ci-après, note 73.

[68] Aulu-Gelle, XIII, 13, 1-6. — Dès lors, il est aussi permis de considérer, comme se rapportant à l'enseignement, divers passages dans lesquels il est question de *publice respondere* ou *responsitare*. Pline, *epist.*, VI, 15, 3. – Aulu-Gelle, XIII, 10, 1. – Fr. 1, § 3, D., *de postulando* 3, 1. On peut consulter à ce sujet une intéressante dissertation de M. Bremer, *Die Rechtslehrer und Rechtschulen im römischen Kaiserreich*. Berlin, 1868, pages 16 et suivantes.

[69] Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 18, § 1, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 17, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 36, pr. D., *de muneribus* 50, 4, et ci-après, note 73, *B*. Cf. Orelli-Henzen, *inscr.*, nº 7233. Cependant il n'est pas certain que dans cette inscription il s'agisse d'un étudiant, car la locution *iuris studiosus*, comme nous l'avons fait observer plus d'une fois, s'applique également aux personnes qui ont achevé leurs études de droit.

[70] Cela paraît fort probable quand on considère la nature de la plupart de ses ouvrages, parmi lesquels il ne se trouve ni des *quæstiones* ni des *responsa*, et qu'on tient compte de cette circonstance que, malgré sa grande valeur, Gaius n'est mentionné par aucun autre jurisconsulte classique. Quant à sa valeur comme professeur, elle est incontestable et a toujours été reconnue : ses *Institutiones* sont certes le meilleur livre d'enseignement que la littérature latine ait produit. — *Voy.*, au reste, sur l'hypothèse énoncée dans notre texte, M. Bremer, *l. c.*, p. 63-66.

[71] *Voy.* M. Bremer, *l. c.*, p. 33 et suivantes.

[72] Diocl. et Max., L. 1, C., *qui ætate vel profusione se excusant* 10, 49. — Vers le milieu du

écoles étaient cependant des institutions privées. Ce n'est qu'à partir de Théodose II que l'État s'occupe de l'enseignement du droit et le subsidie [73]. — Ulpien nous apprend que les professeurs de droit se faisaient payer leurs leçons, quoique, à la vérité, on leur refusât une action à l'effet de poursuivre en justice le payement de leurs honoraires [74]. Nous lisons chez le même Ulpien et chez son disciple Modestin que les professeurs enseignant à Rome ne pouvaient être contraints d'accepter la charge d'une tutelle et que même les étudiants en droit jouissaient de certaines immunités analogues [75].

197. Sous la république, les orateurs qui se chargeaient de la défense judiciaire étaient estimés presque à l'égal des jurisconsultes : on les honorait du titre de patron et par la célèbre loi *Cincia de muneribus* (550) il leur était défendu d'accepter des récompenses pour leurs plaidoiries [76]. Cet état de choses fut modifié par un sénatus-consulte sous Claude qui autorisa les défenseurs à prendre des honoraires [77]. L'on comprend que ce changement ne contribua pas à rehausser la profession d'avocat ou de *causidicus*, comme on appelle les anciens *oratores* pendant notre époque [78]. Cependant le barreau, s'il nous est permis d'employer ce terme moderne, n'en resta pas moins une carrière très-suivie, d'abord parce que la profession pouvait être, dans les mains d'un homme habile, fort lucrative, ensuite parce qu'elle donnait accès à toutes les fonctions publiques. Sans

troisième siècle, l'évêque Gr. Thaumatourgos, *Oratio panegyr. ad Orig.* (Opp. éd. Vossius 1605, pp. 186 sq.), parle de l'école de Béryte comme d'un établissement déjà célèbre, et Justinien l'appelle *legum nutrix*. Const. Omnem reipublicæ, § 7, et ci-après, nº 247.

[73] *Voy.* ci-après, nº 243. Mais Modestin, Fr. 6, §§ 1-11, D., *de excusationibus* 27, 1, et l'empereur Gordien, L. 2, C., *de professoribus*, 10, 52, nous disent, qu'il y avait, de leur temps, à Rome et dans d'autres villes, des professeurs de lettres, de philosophie et de médecine, nommés et révoqués par le sénat et payés par le trésor public, institution dont Suétone, *Vespasien*, 18, fait remonter l'origine à l'empereur Vespasien. *Voy.* encore Lampride, *Al. Sévère*, 44, et St. Jérôme, *in Chron. ad Domitianum*, IX. « Quintilianus ex Hispania Calagurritanus primus Romæ publicam scholam et salarium e fisco accepit et claruit. »

[74] Fr. 1, § 5, D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13. Cf. ci-après, t. II, § 220 *in fine*.

[75] *A*) Modestin, Fr. 6, § 12, D., *de excusationibus* 27, 1. « Legum vero doctores in aliquo præsidatu docentes, remissionem non habent. Romæ autem docentes, a tutela et cura remittuntur ». – Cf. Ulpien, *Vatic. fragm.*, 150. — *B*) Ulpien, *Vatic. fragm.*, 204.

[76] *Voy.* ci-dessus, nº 193 *in fine*.

[77] *Voy.* ci-après, note 84.

[78] Suétone, *Claude*, 15. – Tacite, *dialogus de oratoribus*, 1. Chez Pline, les mots *advocatus* et *advocatio* se rencontrent encore dans l'ancienne acception (ci-dessus, p. 237, note 24); mais Quintilien ne les emploie guère que dans le sens moderne et parfois avec une petite nuance de méchanceté. Quintil., *inst. orat.*, I, 12, 18. XII, 1, 13. 25. « Non enim forensem quamdam instituimus operam, nec mercenariam vocem, nec (ut asperioribus verbis parcamus) non inutilem sane litium *advocatum*, quem denique *causidicum* vulgo vocant; sed virum cum ingenii natura præstantem, tum vero *rel.* » XII, 8, 5. Cf. Juvénal, VIII, 47. Le *Dialogus de oratoribus*, cité plus haut, contient également des observations très-sévères sur les orateurs de l'époque. *Voy.* encore ci-après, note 84 et nº 233.

parler des places d'avocat du fisc, créée par Adrien [79], et d'avocat des villes [80], c'est parmi les *iuris studiosi* que les fonctionnaires de l'empire choisissent leurs conseillers et assesseurs, et l'*adsessura,* comme dit Ulpien [81], peut conduire aux dignités les plus élevées [82]. La grande mesure de Caracalla, qui étendit à l'empire entier la législation des Quirites, dut naturellement augmenter le nombre des avocats d'une manière excessive et par suite rabaisser la profession dans la même proportion [83]. Nous trouvons, au commencement de l'époque suivante, des témoignages désolants à ce sujet [84]. Aussi voyons-nous les magistrats exercer sur les avocats qui plaident devant eux un pouvoir disciplinaire qui, se bornant dans le principe à de simples admonestations, va, déjà du temps d'Ulpien, jusqu'à l'interdiction temporaire ou perpétuelle de la profession [85]. — Nous avons rappelé plus haut la défense faite aux patrons par la loi *Cincia* d'accepter des récompenses pour leurs plaidoiries [86]. Un sénatus-consulte sous Auguste sanctionna cette défense par la peine du quadruple [87]. Mais un autre sénatus-consulte sous Claude permit de prendre des honoraires, en fixant par procès un *maximum* de 10,000 sesterces [88], qui se retrouve encore dans la législation de Justinien où il est exprimé par le chiffre équivalent de cent écus d'or, *aurei* [89]. Toutefois, il n'était point permis aux avocats de poursuivre le payement de leurs honoraires jusqu'à ce qu'on admît, sous Alexandre Sévère, une *extraordinaria cognitio* de ce chef [90].

79 Spartien, *Adrien,* 20; *Geta,* 2. — *Fragm. de iure fisci,* 16. 17. — Fr. 3, D., *de his quæ in testamento delentur* 28, 4. — L. 1, C., *de advocatis fisci* 2, 9. — Orelli-Henzen, *inscr.*, n°s 3332. 4124. 6521. — Cf. ci-après, n° 224.

80 Orelli-Henzen, *inscr.*, n°s 3906. 3907. 3910. 5124.

81 Le mot se trouve au Fr. 3, D., *de proxeneticis* 50, 14.

82 Tacite, *Dialogues,* 8, et ci-dessus, n°s 146. 155. — Papinien et Paul furent successivement avocats (le premier *advocatus fisci*), assesseurs du préfet de prétoire, et finalement préfets du prétoire. Spartien, *Geta,* 2. — Fr. 78, § 6, D., *de legatis III* (32), et ci-dessus, n° 155. note 9.

83 Cf. ci-dessus, n°s 157. 158. — Aussi déjà Ulpien, Fr. 9, § 4, D., *de pœnis* 48, 19, met sur la même ligne les *advocati, tabelliones* et *pragmatici.*

84 Ci-après, n° 253.

85 Pline, *epist.,* V, 21. — Fr. 6, § 1. Fr. 8, D., *de postulando* 3, 1. — Fr. 6, § 7, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 9, pr. § 1-8, D., *de pœnis* 48, 19.

86 *Voy.* ci-dessus, p. 237, note 25.

87 Dion Cassius, LIV, 18.

88 Tacite, *Annales,* XI, 5. 7. Cf. le même, XIII, 5. 42. — Suétone, *Néron,* 17. — Pline, *epist.*, V, 4. 14. 21. — Quintilien, *inst. orat.*, XII, 7, 8-12. — Aulu-Gelle, XII, 12, 3. 4.

89 Fr. 1, § 12 in f., D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13. — L'édit de Dioclétien, *de pretiis rerum* (ci-dessus, p. 10, n° 24), VII, 72, fixe les honoraires de l'avocat comme suit : pour les conclusions dans un procès à 250 *denarii;* pour l'obtention d'un jugement à 1,000 *denarii;* car c'est bien ainsi que nous pouvons traduire le texte de l'édit qui se trouve dans Haenel, *Corpus legum,* p. 178, col. 1, lin. 38 : « Advocato sive iurisperito *in postulatione* X ccl; *in cognitione* X mille. » Rappelons, comme terme de comparaison, que le même édit fixe à 250 deniers le prix d'un paon engraissé, et à 200, le prix d'une oie grasse.

90 *Voy.* les détails sur les honoraires d'avocats, ci-après, t. II, § 221 *in fine.*

JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX. — *MORES MAIORUM. CONSUETUDO.*

198. Pour ne point laisser de lacune, nous avons à rappeler encore parmi les sources du droit de l'époque la jurisprudence des tribunaux, *res similiter judicatæ,* dont l'autorité continue à subsister malgré la prédominance des décrets impériaux, et la coutume [1]. L'on conçoit sans peine que l'action de la coutume sur le développement général du droit soit peu énergique sous l'empire. Ce n'est guère qu'au commencement de notre époque que nous trouvons une création due à la coutume, la *querela inofficiosi testamenti :* encore faut-il peut-être attribuer cette institution à l'influence des *prudentes* [2]. Plus tard, la coutume agit plutôt dans un sens opposé, en amenant la disparition des lois ou institutions surannées par désuétude [3]. Par contre, la grande étendue du territoire soumis désormais au *ius Quiritium* et l'influence de l'esprit provincial favorisent la naissance de coutumes locales [4]. Les mêmes causes font éprouver la nécessité de déterminer avec précision les conditions et l'autorité des coutumes [5].

[1] *Voy.* ci-dessus, nº 141.

[2] *Voy.* ci-après, t. III, § 390. — Les autres institutions que nos sources attribuent à la coutume, *moribus et consuetudine,* appartiennent plutôt à l'époque précédente. *Voy.* ci-dessus, nº 141, note 2.

[3] Fr. 32, § 1 in f. D., *de legibus* 1, 3. — Exemples : Le pouvoir marital, connu sous le nom de *manus,* ci-après, t. III, § 338; la tutelle des femmes, ci-après, t. III, § 354; la *litterarum obligatio,* ci-après, t. II, § 247; le deuxième chef de la loi *Aquilia,* ci-après, t. II, § 271; les actions interrogatoires, ci-après, t. I, § 68 *in fine.*

[4] Les délais de la *præscriptio longi temporis* dans les différentes provinces, ci-après, § 111, note 1; les coutumes locales concernant l'élévation des bâtiments, l'écoulement des eaux pluviales dans les villes, etc., ci-après, § 153, nᵒˢ 4 et 5. — Cf. Julien, Fr. 32, pr. D., *de legibus* 1, 3. « De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est : et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est. *Si nec id quidem appareat, tunc ius quo urbs Roma utitur, servari oportet.* » — L. 1, C., *quæ sit longa consuetudo* 8, 53.

[5] Fr. 32-40, D., *de legibus, senatusve consultis et longa consuetudine* 1, 3. — L. 1, C., *quæ sit longa consuetudo* 8, 53.

QUATRIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS CONSTANTIN JUSQU'A JUSTINIEN.

1059-1318 de Rome. — 306-565 de l'ère chrétienne.

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT †.

COUP D'OEIL GÉNÉRAL.

199. La monarchie se montre franchement absolue. Des institutions républicaines il ne reste que des débris inertes : le sénat existe encore, mais sans puissance, et les pouvoirs des anciens magistrats sont exercés par les fonctionnaires de l'empereur. Ce régime, préparé depuis longtemps, fut complétement organisé par Dioclétien et Constantin. Le premier y introduisit en même temps la pompe et le luxe d'Orient qui allaient merveilleusement au despotisme impérial [1]. Constantin fortifia encore l'influence des idées asiatiques en établissant sa résidence à Byzance, *Constantinopolis, nova Roma*. Cette ville reçut une administration analogue à celle de l'ancienne Rome. Elle eut son sénat, et l'un des consuls devait y résider. Des constitutions impériales lui accordèrent le *ius italicum*, et bientôt elle obtint tous les droits et priviléges de l'ancienne métropole [2]. Pendant longtemps néanmoins la langue latine resta la seule langue officielle dans les tribunaux [3]. En général, l'influence orientale se fit moins

† L'ouvrage de SERRIGNY, *Droit public et administratif romain*. Paris, 1862, 2 vol. in-8°, que nous avons déjà mentionné dans l'époque précédente, s'occupe plus spécialement encore de l'époque comprise entre Constantin et Justinien.

[1] LYDUS, *de magistratibus*, I, 4, transcrit ci-dessus, p. 259, note 12.

[2] ZOSIME, II, 30. 31. — PROCOPE, *Anecd.*, p. 142. — L. 15. 16, Th. C., *de metatis* 7, 8. — L. 1, Th. C., *de iure italico urbis Constantinop.* 14, 13. — L. 5, I. C., *de operibus publicis* 8, 12. — L. 1, I. C., *de privilegiis urbis Constantinop.* 11, 20.

[3] Encore le Digeste répète la règle énoncée par TRYPHONIN, Fr. 48, D., *de re iudicata* 42, 1. « Decreta a prætoribus latine interponi debent », et LYDUS, *de magistr.*, II, 12. III, 11. 20. 27. 42. 68, nous apprend que, sous le règne de Justinien, on ne se servait à Constantinople dans la

sentir dans le droit privé, parce que d'abord la législation était déjà solidement établie par les travaux des jurisconsultes classiques, et que, d'un autre côté, les idées asiatiques devaient nécessairement céder devant l'influence du *ius gentium*, dont l'autorité devint de plus en plus puissante.

Il y eut encore un autre élément qui s'opposa à l'invasion trop rapide de la barbarie orientale : le culte chrétien fut toléré et reconnu par Constantin, et finit même par devenir la religion de l'État [4]. Toutefois, le christianisme avait déjà perdu et perdit de plus en plus de la force créatrice qui lui avait assuré une si grande autorité morale dans les premiers siècles, et ce fut bien plus l'esprit de parti qui déchira alors l'Église que la sublime doctrine du Christ, qui fit sentir son influence sur la législation romaine. Aussi, tandis que la nouvelle religion n'était pas même assez puissante pour abolir l'esclavage, voyons-nous surgir force ordonnances aussi absurdes que cruelles contre les hérétiques, les apostats et tous ceux qui n'appartiennent pas à l'Église orthodoxe [5].

200. Constantin donna à l'empire une administration sévèrement organisée. Il sépara d'abord strictement le pouvoir militaire d'avec d'ad-

rédaction des jugements que de la langue latine. Dans les provinces, on s'était déjà, dans l'époque précédente, relâché de cette rigueur pour les affaires administratives. Même en matière judiciaire, nous trouvons que, du temps du jurisconsulte PAUL, on permettait aux parties de se servir de la langue grecque (*Vatic. fragm.*, 319); un rescrit de GORDIEN, L. 17, C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12, mentionne un jugement interlocutoire, rédigé en grec, et nous avons une sentence grecque de l'empereur JULIEN, L. 5, Th. C., *de fide testium* 11, 39. Enfin, Arcadius (397) permit aux gouverneurs des provinces de rédiger leurs jugements *tam latina quam græca lingua*. L. 12, C., *de sententiis* 7, 45. — *Voy.* encore ci-après, nº 208, notes 32. 33.

[4] LACTANCE, *de mortibus persecutorum* 48. — EUSÈBE, *hist. eccl.*, X, 5; *de vita Constantini*, II, 55. 56. 60. III, 55. 58. — L. 1, 1. C., *de ss. Ecclesiis* 1, 2. — Tit. 1. C., *de summa trinitate* 1, 1. — Le premier édit de Constantin et de Licinius en faveur du culte chrétien date de 311. *Voy.* le passage cité de Lactance et le premier passage d'Eusèbe. Constantin ne reçut le baptême qu'en 337, peu de temps avant sa mort. EUSÈBE, *de vita Const.*, IV, 62. Cf. ZOSIME, II, 29, et SOZOMÈNE, I, 5. En 319, le pieux empereur défendit aux particuliers de se servir de la *superstition* des aruspices sous peine de mort pour ces derniers (L. 1, Th. C., *de maleficis* 9, 16), et en 321, il ordonna de consulter officiellement les aruspices et de lui envoyer un rapport exact sur leurs observations. L. 1, Th. C., *de paganis* 16, 10. Ces contradictions et hésitations ne peuvent nous surprendre : elles sont fréquentes dans la vie de ce despote capricieux. Pour ne citer que deux exemples : par la L. 1, Th. C., *de gladiatoribus* 15, 15 (L. 1, 1. C., *eodem* 11, 43), il défend les jeux des gladiateurs, tout en méritant plus tard les éloges d'Eumenius pour avoir fait dévorer les prisonniers bructères en telle quantité qu'ils fatiguèrent les bêtes féroces par leur multitude. EUMENIUS, *Panegyr. Const.* 12. Les L. 1. 2, Th. C., *de petitionibus* 10, 10, menacent les délateurs de la peine de mort, dans la seconde de ces lois, Constantin ordonne même qu'on leur arrache d'abord la langue; ce qui ne l'empêche pas de promettre, la même année, des récompenses à ceux qui dénonceront un aruspice. L. 1, Th. C., *de maleficis* 9, 16, citée ci-dessus.

[5] Nous nous bornons à renvoyer au livre XVI du code Théodosien, particulièrement aux titres qui portent les inscriptions suivantes : XVI, 1, *de fide catholica*; 4, *de his qui super religionem contendunt*; 5, *de hæreticis*; 6, *ne sanctum baptisma iteretur*; 7, *de apostatis*; 8, *de Iudæis*; 9, *ne christianum mancipium Iudæus habeat*; 10, *de paganis*, et aux dispositions analogues qui se trouvent dans les titt. I. C., I, 5-12. *Voy.* encore ci-après, nº 231.

ministration civile [6]. L'empire entier fut divisé en quatre grandes parties, à la tête desquelles se trouvaient des préfets du prétoire. Chaque préfet avait sous sa direction plusieurs diocèses. Les diocèses étaient administrés par des lieutenants appelés *vicarii* et, dans quelques endroits, *proconsules*. Dans un diocèse il y avait plusieurs provinces gouvernées par des *rectores*, qui sont aussi appelés *consulares*, *præsides* ou *correctores* [7].

Le pouvoir militaire était confié à deux chefs suprêmes, *magistri militum*, dont l'un commandait l'infanterie, *magister peditum*, l'autre la cavalerie, *magister equitum*. Ils avaient pour inférieurs immédiats des *duces*, dont quelques-uns portaient le titre plus élevé de *comites*. Au reste, les divisions militaires n'avaient aucun rapport avec les divisions géographiques de l'administration civile [8].

Les quatre préfectures avaient déjà existé de fait sous Dioclétien, qui avait abandonné à ses corégents l'administration des autres parties de l'empire pour se réserver l'Orient. Constantin réunit l'empire entier sous son sceptre, et le partage qu'il en fit entre ses trois fils cessa bientôt ses effets par la mort de deux d'entre eux. En 364, Valentinien prit pour corégent son frère Valens et lui confia les deux préfectures d'Asie et d'Orient sous le nom d'Orient. Après avoir dominé seul pendant quelques années, Théodose Ier, en mourant, partagea de nouveau l'empire en Occident et en Orient, et depuis cette époque, les deux parties ne furent plus réunies, si ce n'est momentanément sous Justinien [9].

201. Cependant cette division ne constituait pas une séparation complète. Les deux parties étaient toujours considérées comme ne faisant qu'un empire. Les lois étaient promulguées au nom des deux empereurs [10], et souvent ce n'est que par la ville d'où elles sont datées que nous pouvons connaître l'empereur de qui elles émanent [11].

L'empire occidental, après avoir été envahi plusieurs fois par les barbares, fut enfin détruit par Odoacre, lequel à son tour fut détrôné par

[6] Cette séparation des pouvoirs militaire et civil fut une mesure de prudence, ayant pour but d'empêcher que les préfets du prétoire ne réunissent tous les pouvoirs entre leurs mains, au point de devenir dangereux pour l'empereur même. Par prudence encore, on évita de faire concorder les divisions civiles avec les divisions militaires. Zosime, II, 33. IV, 27. — Lydus, *de magistr.*, III, 40. — Justinien porta atteinte à cette séparation par diverses constitutions. *Nov.* 24-31. — *Edict.* 4. 8. 13.

[7] *Voy.* ci-après, n°s 217-223.

[8] Zosime, II, 33. — *Notitia dignitatum Or.* c. 4-8. 25-39; *Occ.*, c. 5-7. 23-40. — Titt. Th. C., VI, 14; I. C., XII, 12. Cf. J. Godefroi, *Paratitla ad* Th. C. VII, 1. — On trouve des détails intéressants sur le régime militaire dans M. Serrigny, *Droit public*, t. I, n°s 339-462.

[9] Aurelius Victor, *de cæsaribus*, 39 — Eutrope, X, 1. — Amm. Marcell., XXVI, 5. — Zosime, IV, 3. 19. 24. 37. 59 et *passim*. — *Voy.* encore ci-après, n° 217.

[10] L. 5, Th. C., *de constitutionibus* 1, 1. — *Nov. Theod. de confirmat. legum*, II, 1. — *Nov. Valentin. de confirmat. legum novell. Divi Theodosii*, XXV, 1.

[11] Ce procédé n'est pourtant pas infaillible, surtout en ce qui concerne les constitutions qui figurent dans la loi romaine des Visigoths et qui sont naturellement datées d'Occident. *Voy.* ci-après, n° 234, note 12

Théodoric, le fondateur du royaume des Ostrogoths en Italie. Les empereurs de Byzance ne renoncèrent cependant jamais à leurs prétentions sur l'Occident, et Justinien réussit à reconquérir l'Italie et l'Afrique. Cette dernière fut réduite en province et soumise à un préfet du prétoire qui avait sa résidence à Carthage [12]. Les Lombards prirent de nouveau la partie septentrionale de l'Italie aux Byzantins, à l'exception de Rome et du territoire de Ravenne qui continua d'être gouverné par un exarque byzantin. Rome elle-même parvint à se soustraire à la suzeraineté de Constantinople et s'érigea en république (733), dont le gouvernement échut par la suite au pape.

CONSTITUTION DE L'EMPIRE.

L'empereur.

202. L'empereur est, comme dans l'époque précédente, le chef politique et religieux des Romains : dans l'ordre politique, sa puissance est absolue [1]. Il ne faut plus une loi pour lui conférer le pouvoir ; ce n'est que pour la forme qu'on publie encore quelquefois un sénatus-consulte à l'occasion de son avénement au trône [2]. Ce sont les armées qui choisissent l'empereur, ou bien l'empereur désigne lui-même son successeur, le plus souvent au moyen de l'adoption. Insensiblement la monarchie devient héréditaire [3].

Tous les pouvoirs sont réunis dans les mains de l'empereur. Lui seul est législateur, et, comme tel, il est au-dessus des lois. Il est en même temps grand juge de l'empire, et c'est lui qui nomme les magistrats et les fonctionnaires civils et militaires.

Le sénat et les anciens magistrats.

203. Depuis Constantin, il y a deux sénats, l'un à Rome, l'autre à Constantinople, tous deux sans aucun pouvoir réel. Ce sont plutôt les

[12] L. 1, I. C., *de officio præfecti prætorio Africæ*, 1, 27.

[1] Pendant cinquante ans, les empereurs cumulèrent encore les dignités de *Rector ecclesiæ* et de grand pontife païen. Gratien, qui monta sur le trône en 375, fut le premier qui refusa de revêtir les insignes du pontificat, tout en conservant le titre de *Pontifex maximus* ZOSIME, IV, 36. Encore en 394, on célébrait les jeux Olympiques ; au cinquième siècle, les consuls prirent encore des *auguria* (SALVIEN, *de gubernat. Dei*, VI, 2); enfin les fêtes des *Lupercalia* subsistèrent jusqu'en 494, où l'évêque Gélase les remplaça par la fête de la *Purification de Marie*. GÉLASE, *Epist. ad Andromachum*, dans CARAFA, *Epist. decret. summ. pont.*, t. I, pars 2, pp. 410 sq.

[2] SERRIGNY, *Droit public*, t. I, nos 1-21.

[3] AURELIUS VICTOR, *de cæsaribus*, 36. 37. 39. — EUTROPE, IX, 26. — AMM. MARCELL., XV, 8. XXV, 5. XXVI, 1. 2. 4. XXVII, 6. XXX, 10. — LACTANCE, *de mortibus persecut.* 18-20, 25. — *Novella Maioriani de ortu imperii*, 1, 1.

conseils municipaux de ces métropoles que des corps politiques [1]. Quelquefois l'empereur les consulte encore, et leur coopération au pouvoir législatif ne fut abolie d'une manière expresse que par Léon le Philosophe [2]; nous n'en trouvons cependant plus de traces depuis la fin de l'époque précédente [3]. Le sénat, sous la présidence du préfet de la ville, formait encore le tribunal suprême pour les affaires criminelles que l'empereur renvoyait devant lui [4]. La dignité de sénateur s'acquérait par droit de naissance ou résultait de certaines charges de la cour; enfin la munificence de l'empereur accordait souvent cet honneur à des particuliers, notamment aux habitants les plus riches des provinces. En échange de la haute position qu'ils occupent dans l'empire (ils sont *clarissimi*), les sénateurs sont soumis à des charges pécuniaires spéciales [5].

204. Outre le sénat, nous trouvons encore quelques anciens magistrats dont les principales fonctions consistent à donner à leurs frais des jeux publics [6]. Parmi eux, les plus élevés en rang sont toujours les consuls, dont le pouvoir se borne à donner un caractère authentique à certains actes de juridiction. Ils étaient choisis par le sénat, mais leur élection avait besoin de la confirmation de l'empereur. L'un d'eux résidait à Rome, l'autre à Constantinople. Après Justinien, cette dignité ne fut plus accordée à des particuliers : l'empereur était consul perpétuel [7].

Les préteurs, dont le nombre fut encore augmenté, conservèrent une juridiction peu importante [8]; la dignité de questeur n'est plus qu'un titre honorifique [9]. Les uns et les autres sont choisis par le

[1] Tit. D., *de senatoribus* 1, 9. – Titt. Th. C., 6, 2; I. C., 3, 24. – L. 8, I. C., *de legibus* 1, 14. – Sozomène, II, 2. – Zosime, III, 11. – Serrigny, *Droit public*, t. I, nos 34-47.

[2] Symmaque, *epist.*, X, 28. – L. 14, Th. C., *de senatoribus* 6, 2. – L. 3, 8. I. C., *de legibus* 1, 14. – *Nov. Leonis*, 78.

[3] *Voy.* ci-dessus, p. 82, note 8.

[4] Amm. Marcell., XXVIII, 1, 23. – Symmaque, *epist.*, IV, 4. – Zosime, V, 11, 38. – *Novelles de Justinien*, 62.

[5] *Aurum oblaticium, aurum tironicum, follis s. gleba et septem solidi.* Symmaque, *epist.*, II, 57. X, 33. 35. 50. – L. 2. 4. 5. 9. 11. 14. 15. 20, Th. C., *de senatoribus et de glebali, vel follium septemve solidorum collatione, et de auro oblaticio* 6, 2. – L. 7. 13. 14. Th. C., *de tironibus* 7, 13. – Zosime, II, 38. – L. 8. 12. 16. 19. Th. C., *de senat.* 6, 2. – L. 10. 18. I. C., *eodem* 8, 54. – L. 2. 1. C., *de prætoribus* 12, 2.

[6] Aussi sont-ils appelés *editores munerum sive ludorum*. Symmaque, *epist.*, X, 25. 28. – Tit. Th. C., *de prætoribus* 6, 4. – *Nov. Iustiniani* 105. – *Nov. Leonis* 94.

[7] Symmaque, *epist.*, V, 15. VII, 4. 8. X, 66 et *passim*. – Lydus, *de magistrat.*, II, 8. – Cassiodore, *Variæ*, VI, 1. – Tit. Th. C., *de consulibus* 6, 6. – Tit. D., *de officio consulis* 1, 10. Le dernier particulier revêtu de la dignité consulaire fut Basile, en 541. — Serrigny, t. I, nos 48-50.

[8] Symmaque, *epist.*, X, 28. – Tit. Th. C., *de prætoribus* 6, 4, particulièrement L. 1. 16, Th. C. *h. t.* – Titt. D., *de officio prætorum* 1, 14; I. C., *eodem* 1, 39, particulièrement L. 1, C., *h. t* – L. 3. 4, Th. C., *de tutoribus creandis* 3, 17. – L. 18, I. C., *de prædiis minorum* 5, 71. – L. 17, I. C., *de appellationibus* 7, 62. — Serrigny, t. I, nos 57 sq.

[9] Symmaque, *epist.*, X, 25. 28. – Boëce, *de consol.*, III, 4. – Zosime, II, 38. – L. 1. 2. 7. 8. 27, Th. C., *de prætoribus et quæstoribus* 6, 4.

sénat [10]. — Les tribuns de la plèbe subsistent après Constantin; il y en eut même à Constantinople [11].

Un autre reste de la république est le nom de *patricius*, qui a maintenant une tout autre signification. L'empereur lui-même est le premier *patricius* de l'empire, et il ne confère ce titre qu'à ceux qui ont rempli les plus hautes fonctions. Des rois étrangers même briguent cet honneur [12].

Des dignitaires et fonctionnaires de l'empire †.

205. Tous les pouvoirs sont de droit et de fait réunis dans les mains de l'empereur qui les délègue à ses fonctionnaires, lesquels se trouvent confondus avec les officiers de la cour et de la maison impériale. La hiérarchie parmi tous ces serviteurs était organisée avec un soin particulier, de manière à constituer une centralisation aussi parfaite que celle d'aucun empire moderne. Les fonctionnaires étaient divisés en plusieurs classes distinctes, et il y avait des dispositions pénales pour prévenir les usurpations de rang [1]. Ordinairement ils étaient nommés pour un temps déterminé, que souvent l'empereur prolongeait [2]. Ils avaient des traitements sur la caisse de l'État [3]. L'almanach de la cour publiait tous les ans la liste des fonctionnaires [4], dont nous allons faire connaître les principaux.

[10] SYMMAQUE, *epist.*, X, 66. – L. 8. 12. 15. 21. 22. Th. C., *de prætoribus* 6, 4. – L. 2, I. C., *de officio prætorum* 1, 49.

[11] *Inscr.* Legis 12, Th. C., *de iurisdictione* 2, 1; L. 2, Th. C., *de libertis* 4, 11; L. 1, Th. C., *de maternis bonis* 8, 18; *Nov. Valentin.* 1, 3. – L. 74, § 3, Th. C., *de decurionibus* 12, 1.

[12] ZOSIME II, 40. – CASSIODORE, *Variæ*, VI, 2. – L. 1, Th. C., *de consulibus* 6, 6. – L. 3, I. C., *ubi senatores vel clarissimi.* 3, 24. – L. 34, I. C., *de appellat.* 7, 62. – L. 1. 3. 5. I. C., *de consulibus* 12, 3. – *Nov.* 62. — Clovis fut, en 508, nommé *patricius* par l'empereur de Constantinople. — SERRIGNY, t. I, n°s 51-56.

† Les sources principales pour cette matière sont les titres du Digeste et des Codes Théodosien et Justinien, qui traitent des différentes fonctions publiques; puis LYDUS, *de magistratibus reip. romanæ;* enfin l'ouvrage d'un auteur inconnu (probablement des premières années du ve siècle), qui contient la liste et les attributions des fonctionnaires de l'empire et porte le titre : *Notitia dignitatum utriusque imperii.* La première édition en fut donnée par ALCIAT, Lyon, 1529. PANCIROLE le publia avec un commentaire. Venise, 1593. M. BOECKING vient d'en faire paraître une nouvelle édition, très-complète et très savante, à Bonn, 1841.

[1] Tit. I. C., *de dignit.* 12, 1, – Tit. Th. C., *ut dignitatum ordo servetur* 6, 5. – Tit. I. C., *eodem* 12, 8. – L. 3, I. C., *de off. quæst.* 1, 28.

[2] DION CASSIUS, LIII, 13. 14. – CASSIODORE, *Variæ*, VI, 3, 39. VII, 2.

[3] L. 1, C., *de annonis* 1, 52. – L. 1, § 48. L. 2, § 19, C., *de off. præf. præt. Afr.* 1, 27. Cf. ci-dessus, n° 155. — Régulièrement, au moins depuis Anastase, le fonctionnaire nommé payait, outre le droit fiscal dû pour la délivrance de son brevet, une somme d'argent qui lui était plus tard remboursée par celui à qui il transmettait la place. De cet usage naquit la vénalité des offices, *militiæ*, qui était légalement admise. L. 10, Th. C., *de cohortalibus* 8, 4. – L. 30, § 2, C., *de inoffic. testamento* 3, 28. – *Nov.* 8, pr. Cf. ci-après, § 163, et t. III, §§ 391. 407. 425.

[4] *Laterculus, commentarius principis.* Fr. 23, D., *ex quibus causis maiores.* 4, 6. – L. un. § 7, C., *de off. præf. præt. Africæ* 1, 27. – Tit. C., *de off. quæstor.* 1, 30. – *Nov.* 8, c. 1; 16, *præf.*

206. Dans la classe des ILLUSTRES [5]. — 1. Les préfets du prétoire, *præfecti prætorio* [6]. Constantin en avait créé quatre pour les quatre grandes divisions de l'empire. La perte de l'Occident en réduisit le nombre à deux, auxquels Justinien en ajouta deux nouveaux, par suite des conquêtes qu'il avait faites en Italie et en Afrique. Ils n'ont plus aucune autorité militaire; mais leur pouvoir civil est plus grand qu'auparavant [7]. Ils représentent l'empereur sous tous les rapports et dans toutes les branches de l'administration. Ils jugent en appel et en dernier ressort tous les procès de leur préfecture, et il n'est plus permis d'en appeler à l'empereur [8]. Si les parties croient avoir à se plaindre de leurs décisions, elles n'ont que la *licentia supplicandi* auprès du prince [9]. — 2. Les préfets de la ville, *præfecti urbi* [10], dont l'un à Rome, l'autre à Constantinople. Leurs fonctions sont à peu près les mêmes que dans l'époque précédente. Ils forment une instance d'appel pour l'Italie et pour les environs de Constantinople; mais il y a recours à l'empereur contre leurs décisions [11]. En outre, toutes les administrations des deux villes sont soumises à leur autorité [12]. — 3. Les *magistri militum*, dont le nombre, originairement de deux, fut augmenté par la suite, avaient le commandement des armées et exerçaient une juridiction tant criminelle que civile sur leurs inférieurs [13], — Plusieurs autres charges du palais encore donnaient aux fonctionnaires qui en étaient revêtus le caractère d'illustre, notamment celles de *quæstor sacri palatii*, personnage très-important en matière législative et judiciaire [14], de *præpositus sacri cubiculi*, de *magister officiorum*, de *comes largitionum* ou *thesaurorum*, de *comes rerum privatarum* et de *comes domesticorum*, tant *equitum* que *peditum* [15].

[5] L. 3, pr. C., *ubi senatores vel clarissimi conveniantur* 3, 24. — SERRIGNY, t. I, nº 24.

[6] Tit. D., *de off. præf. prætorio* 1, 11. — Tit. Th. C., I, 5; VI, 7. — Tit. I. C., 1, 26. 27; XII, 4. — LYDUS, *de magistratibus*, II, 5-10. III, 23. 40. — SERRIGNY, *Droit public*, t. I, nºs 59-76.

[7] CASSIODORE, *Variæ*, VI, 3. — LYDUS, II, 5 sqq.

[8] L. 11. 16. 19, Th. C., *de appellationibus* 11, 30. — L. 4, I. C., *de off. præf. prætorio Orientis* 1, 26. — L. 19, I. C., *de appellat.* 7, 62.

[9] L. 1, I. C., *de sententiis præfectorum prætorio* 7, 42.

[10] Tit. D., *de off. præf. urbi.* 1, 12. — Tit. Th. C., *eodem* VI, 7. — Tit. I. C., *eodem* 1, 28. — *Nov. Iustiniani* 62. — *Notitia dignit. Occ.*, c. 4; *Or.*, c. 4. — SYMMAQUE, *epist.*, X, 26. 29. 35. 37. 43. 44. 71-83. — CASSIODORE, *Variæ*, VI, 4. — LYDUS, *de magistratibus*, II, 6. — SERRIGNY, t. I, nºs 291-299.

[11] LYDUS, *de magistr.*, II, 6. — L. 3, I. C., *de officio præfecti urbi* 1, 28. — L. 13. 23, Th. C., *de appellationibus* 11, 30. — L. 17, I. C., *eodem* 7, 62.

[12] SYMMAQUE, *epist.*, X, 37. 43. — CASSIODORE, *Var.*, VI, 4. — L. 6. 7, Th. C., *de off. præf. urbi* 1, 6. — L. 3, I. C., *eodem* 1, 28. « Præfectura urbis cunctis, quæ intra urbem sunt, antecellat dignitatibus.... (363).

[13] ZOSIME, II, 33. — Titt. Th. C., VI, 7; I. C., I, 29; XII, 4. — SERRIGNY, t. I, nºs 119 sqq., 359.

[14] *Voy.* ci-après, note 27 et nºs 241. 242.

[15] *Voy.* en général, titt. Th. C., I, 8. 9. 10. VI, 8. 9. 24. 30. XII, 4; I., C., I, 30-33. XII, 5. 6. 17. — SERRIGNY, t. I, nº 24.

A la classe des SPECTABILES appartiennent [16] les chefs des différents bureaux de la chancellerie impériale, les *magistri scriniorum memoriæ, epistolarum, libellorum* et *dispositionum* [17]; le chef des greffiers du conseil d'État, *primicerius notariorum consistorii principis* [18]; les *comites* et *duces rei militaris,* inférieurs immédiats des *magistri militum* [19]; enfin le *comes Orientis,* les *proconsules,* le *præfectus Augustalis Ægypti,* les *vicarii,* le *castrensis palatii* [20].

Dans la classe des CLARISSIMI se trouvent les *consulares,* les *recteurs des provinces,* les *correctores,* les *præsides* et les *sénateurs* [21].

Enfin les fonctionnaires moins élevés sont distribués en deux catégories, désignées par les qualifications de PERFECTISSIMI et EGREGII [22].

Au-dessus de ces cinq classes sont, au premier rang, les ILLUSTRISSIMI ou NOBILISSIMI, c'est-à-dire les membres de la maison impériale et ceux auxquels l'empereur a conféré cette dignité [23]. Après eux et avant les cinq classes de fonctionnaires viennent les PATRICII, EXCELSI VIRI, SUBLIMIS HONOR. Les consuls s'appellent EXCELLENTISSIMI. Les ILLUSTRES ont le privilége de ne pouvoir être jugés que par l'empereur même [24].

207. L'importance du conseil d'État (*consistorium, consilium, auditorium principis*) s'accroît considérablement sous le nouveau régime [25]. C'est dans le *sacrum consistorium* que l'empereur donne ses audiences solennelles : l'on y délibère sur les projets de loi, sur les mesures administratives et sur les décisions judiciaires à rendre par le prince [26]. Le

[16] L. 1, pr. I. C., *ut omnes iudices.* 1, 49. – L. 1, 15, I. C., *de dignitatibus* 12, 1 et *passim.* – SERRIGNY, t. I, nº 25.

[17] Titt. I. C., XII, 9. 19. — SERRIGNY, t. I, nº 90.

[18] Titt. Th. C., VI, 10 – I. C., XII, 7. — LYDUS, *de magistratibus,* III, 11.

[19] Titt. Th. C., VI, 14. – I. C., I, 47; XII, 12.

[20] *Voy.* Titt. Th. C., I, 12-15. – I. C., I, 35-38. – Th. C., VI, 32. – I. C., XII, 36.

[21] *Voy.* Titt. Th. C., I, 16. – I. C., I, 40. – CASSIOD., *Variæ,* III, 27. VI, 20. – L. 8-11. 14. I. C., *de dignit.* 12, 1. — SERRIGNY, t. I, nº 27.

[22] L. 1, Th. C., *de honorariis codicillis* 6, 22. – Chez LACTANCE, *de mortibus persecutorum* 21, que l'on cite ordinairement à ce propos, les termes *perfectissimi* et *egregii* ne paraissent point avoir de signification technique. Cf. LE MÊME, *divin. inst.* V, 15. — SERRIGNY, t. I, nºs 28, 29.

[23] ZOSIME, II, 39. – L. 21, Th. C., *de lustrali collatione* 13, 1. — SERRIGNY, t. I, nº 25.

[24] L. 3, I. C., *de consulibus* 12, 3. – L. 3, I. C., *ubi senatores vel clarissimi conveniantur* 3, 24.

[25] SERRIGNY, t. I, nºs 30-33. Cf. ci-dessus, p. 247, note 13. Les termes CONSILIUM et CONCILIUM sont anciens. AUDITORIUM se rencontre pour la première fois sous Marc-Aurèle (Fr. 22, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1) et s'emploie de préférence quand le conseil délibère en matière judiciaire. L. 37. 39, C., *de appellationibus* 7, 62 (les préfets ayant juridiction avaient aussi des *auditoria*). CONSISTORIUM se trouve à partir de Dioclétien. Inscr. L. 12, C., *de pœnis* 9, 47.

[26] CASSIODORE, *Variæ,* VI, 6. – L. 8, I. C., *de legibus* 1, 14. – AMM. MARCELL. XIV, 7. XV, 5. XXVIII, 1. – L. 10, Th. C., *de legatis* 12, 12. – *Nov. Theodosii,* tit. XXIV, *de ambitu,* § 5. – Fr. 18, § 1, 2. D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 22, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 17, pr. D., *de iure patronatus* 37, 14. – L. 40. 44. 48. 67. Th. C., *de appellationibus* 11, 30. – L. 3. 4. 5. 9. Th. C., *de reparationibus appellationum* 11, 31. – L. 2, I. C., *de legibus* 1, 14. Cf. L. 12, I. C., *eodem* et *passim.*

conseil a une organisation stable : il se compose régulièrement d'abord de quatre hauts dignitaires du palais que nous pourrions comparer à nos ministres [27] et auxquels se joignent, le cas échéant, le *præfectus prætorio in comitatu* et les *magistri militum in præsenti* [28]; ensuite d'un certain nombre de conseillers, *comites consistoriani* [29]. Les procès-verbaux et, en général, les écritures sont tenus par des greffiers, *notarii*, pris dans la *schola notariorum*, qui fonctionne sous la haute direction du *primicerius notariorum* et fournit des greffiers à tous les hauts offices [30].

208. La chancellerie impériale a également reçu de nouveaux développements [31]. Aux trois bureaux (*scrinia memoriæ, libellorum, epistolarum*) qui existaient déjà dans l'époque précédente, vient s'en ajouter un quatrième, *scrinium dispositionum* [32]. Il est plus que difficile de déterminer avec précision les matières qui ressortissaient à chacun de ces bureaux [33] dont la mission générale consistait à recevoir les requêtes venant du dehors, à instruire les affaires qui devaient être soumises à l'empereur, statuant seul ou avec son conseil, et à faire connaître aux intéressés les résolutions prises. A la tête des quatre bureaux se

[27] Ces quatre dignitaires sont : le *magister officiorum*, grand maître de la cour, dirigeant les audiences et réceptions solennelles; le *quæstor sacri palatii*, rapporteur des affaires judiciaires et de tout ce qui concerne la législation ; le *comes sacrarum largitionum*, préposé au trésor de l'État et le *comes rerum privatarum*. Cf. L. 1, Th. C., *de prætoribus* 6, 9.

[28] *In comitatu, in præsenti*, c'est-à-dire se trouvant dans la résidence de l'empereur.

[29] Tit. Th. C., *de comitibus consistorianis* 6, 12; I. C., *eodem* 12. 10. – *Nov. Valentin.*, VI, 3, 1. – SYMMAQUE, *epist.*, I, 17. – CASSIODORE, *Variæ*, VI, 5. 6. 12. – JOANNES LYDUS, *de magistratibus*, III, 11.

[30] AMMIAN. MARCELL., XXVI, 9. – Titt. Th. C., *de primicerio et notariis* 6, 10; I. C., *eodem* 12, 7. – CASSIODORE, *Variæ*, VI, 16. – LYDUS, *de magistr.*, III, 6. 9. 10. 30. 66. — Après le *primicerius*, qui est *spectabilis*, nous trouvons d'autres chefs des *notarii* sous les noms de *secundicerius*, *tribuni*. L. 2. 3, Th. C., 6, 10. – L. 1. 2, I. C., *eodem* 12. 7. — Cf. ci-après, note 37.

[31] Cf. ci-dessus, n° 147. – SERRIGNY, t. 1, n° 89.

[32] Ce bureau se rencontre pour la première fois dans une constitution de l'empereur JULIEN, L. 1, Th. C., *de proximis, comitibus dispositionum ceterisque qui in sacris scriniis ministrant* 6, 26. La *Notitia dignitatum* le mentionne au chapitre X, où il traite du *magister officiorum*, mais non pas au chapitre XVI qui est consacré au *magister scriniorum*. A cet endroit la *Notitia Orientis* compte cependant aussi quatre bureaux, en subdivisant le *scrinium epistolarum* en deux sections, l'une *epistolarum latinarum*, l'autre *epistolarum græcarum*. *Voy.* la note suivante.

[33] La *Notitia dignitatum Orientis*, c. 16, définit ainsi les attributions des *magistri scriniorum* : « MAGISTER MEMORIÆ adnotationes omnes dictat et emittit, et precibus respondet. MAGISTER EPISTOLARUM legationes civitatum, consultationes et preces tractat. MAGISTER LIBELLORUM cognitiones et preces tractat. MAGISTER EPISTOLARUM GRÆCARUM eas epistolas quæ græce solent emitti aut ipse dictat, aut latine dictatas transfert in græcum ». Il paraît que les affaires contentieuses dont le prince connaît en première instance, *cognitiones*, sont attribuées au *scrinium libellorum et cognitionum*, tandis que les instructions sur appel sont faites par le *scrinium epistolarum et consultationum*. L. 2, § 9, C., *de vetere iure enucleando* 1, 17. – L. 3, pr. C., *ubi senatores*. 3, 24. – L. 32, § 2. 3. 4. L. 37, C., *de appellationibus* 7, 62. – L. 3. C., *de temporibus appellationum* 7, 63. — *Nov.* 20, pr. et c. 9.

trouvent des *magistri scriniorum*, d'un rang supérieur aux *vicarii* du diocèse, et au-dessous d'eux des *proximi scriniorum*, assimilés aux vicaires [34].

209. La même division en *scrinia* se rencontre dans toutes les administrations soumises aux hauts fonctionnaires de l'empire, *officia* ou *militiæ* [35]. Les employés qui y travaillent, *officiales* [36], sont groupés, d'après leurs spécialités, en colléges, *scholæ*, parmi lesquels figurent aux premiers rangs le collége des *notarii* qui font l'office de greffiers auprès des autorités constituées [37] et le corps des agents secrets et confidentiels de l'administration centrale, *agentes in rebus* [38]. — Une énumération des divers employés, fût-elle possible, serait aussi inutile que fastidieuse. Bornons-nous à dire que le nombre des salariés de l'État s'accroît dans une proportion effrayante [39] et que la plupart des places sont vénales [40].

210. Nous avons eu l'occasion de dire plus haut que, déjà du temps des Sévère, tous les magistrats et fonctionnaires ayant juridiction étaient

[34] L. 1, Th. C., *de magistris scriniorum* 6, 1. — L. 1, I. C., *eodem* 12, 9. — Tit. Th. C., *de proximis, comitibus dispositionum, etc.* 6, 26. — Tit. I. C., *eodem* 12, 19.

[35] Tit. Th. C., *de diversis officiis* 8, 7. — Tit. I. C., 12, 53-59. — Tit. I. C., *de diversis officiis et apparitoribus iudicum* 12, 60.

[36] Il y a des termes spéciaux pour désigner les employés attachés à certains *officia*. Ainsi l'on appelait *præfectiani* les *officiales* du préfet du prétoire; *magisteriani*, ceux du *magister officiorum*; *cæsariani* ou *catholiciani*, ceux du *rationalis rerum privatarum*; *cohortales*, originairement les subordonnés du préfet du prétoire, plus tard, les employés des gouverneurs des provinces, etc. L. 2, I. C., *de apparitoribus præf. præt.* 12, 53. — Lydus, *de magistratibus*, III, 7. — Tit. Th. C., *de cæsarianis* 10, 7; L. 9, § 2, I. C., *de bonis proscript.* 9, 49. — Titt. Th. C., *de cohortalibus* 8, 4; I. C., *eodem* 12, 58. — L. 65, § 5, Th. C., *de hæreticis* 16, 5 et *passim*. — Nous trouvons aussi le terme Palatini, qui comprend diverses espèces d'*officiales*, attachés au service particulier de la cour de l'empereur et des *officia* les plus élevés. Tit. I. C., *de privilegiis eorum qui in s. palatio militant* 12, 29. — *Nov. Valentin. de palatinis*, tit. VII. — Tit. I. C., *de palatinis ss. largitionum et rerum privatarum* 12, 24.

[37] *Voy.* ci-dessus, note 30. *Notarius*, de *nota*, est originairement un *sténographe*. Dans notre époque les *notarii* remplacent les anciens *scribæ*, ci-dessus, nº 66. — Outre les *scholæ notariorum*, il y avait aussi des *scholæ exceptorum*, fournissant des scribes pour remplir des fonctions moins élevées. Des *exceptores* sont attachés à presque tous les offices, et à toutes les autorités judiciaires et municipales. Cassiodore, *Variæ*, XI, 25. — Titt. Th. C., *de numerariis, actuariis, scriniariis et exceptoribus* 8, 1; I. C., *eodem* 12, 50. — Lydus, *de magistr.*, III, 6. 9. 25. 30.

[38] Parmi ces agents de la sûreté publique et de la police secrète, on distingue particulièrement les *curiosi, curagendarii, stationarii*. On comprend l'importance que ces *exploratores* (L. 5, Th. C., *de cursu publico* 8, 5), comparés par Serrigny aux auditeurs du conseil d'État du premier empire français, devaient avoir sous le régime impérial, et les abus qui en résultaient. Tit. Th. C., *de agentibus in rebus* 6, 27; I. C., *eodem* 12, 20. — Titt. Th. C., *de principibus agentium in rebus* 6, 28; I. C., *eodem* 12, 21-22. — Titt. Th. C., *de curiosis* 6, 29; I. C., *eodem* 12, 23. — Serrigny, t. I, nºˢ 87 sq.

[39] Sous Théodose I et ses fils, le proconsul d'Afrique avait 400 employés; le *comes orientis*, jusqu'à 600. L. 6, Th. C., *de officio proconsulis et legati* 1, 12. — L. 1, Th. C., *de off. comitis Orientis* 1, 13. — Lydus, *de magistr.*, III, 66, rapporte qu'avant la réduction opérée par Justinien, le préfet d'Orient avait plus de mille *exceptores*.

[40] *Voy.* ci-dessus, page 309, note 3.

assistés de conseillers ou assesseurs salariés [41]. Cette institution se développa et s'étendit encore depuis Dioclétien. Les codes de Théodose II et de Justinien contiennent de nombreuses dispositions ayant pour but de régler d'une manière précise la position et les attributions de ces *adsessores, comites, consiliarii,* et il est plus que probable qu'il y en eut auprès de toutes les autorités publiques [42] jusqu'au dernier rang de la hiérarchie administrative et judiciaire [43]. Du temps de Justinien, il n'y eut cependant régulièrement qu'un seul assesseur auprès d'un siége judiciaire [44].—Les fonctions d'assesseur, pour lesquelles on choisissait habituellement des personnes ayant fait des études de droit [45], étaient salariées [46] et servaient de marchepied aux fonctions publiques [47].

211. L'Église intervient aussi dans l'administration de l'empire. Les empereurs sont considérés comme les chefs et les patrons de l'Église [48]; mais, en revanche, ils accordent de nombreux priviléges aux membres du clergé [49]. Les évêques avaient un pouvoir disciplinaire souverain sur leurs subordonnés et exerçaient une juridiction civile tant sur les prêtres que sur les laïques qui s'adressaient à eux, *audientia episcopalis* [50].

ÉTAT DES PERSONNES.

212. Depuis Caracalla, la grande division en citoyens, latins et étrangers, avait perdu presque toute importance [1]. Justinien l'abolit entière-

[41] Tit. D., *de off. adsessorum* 1, 22, particulièrement Fr. 4, *h. t.*, combiné avec Fr. 1, § 8. Fr. 4, D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13. – Titt. Th. C., *de adsessoribus* 1, 21; I. C., *eodem* 1, 51. – *Nov.* 60, c. 2. — *Voy.* aussi ci-dessus, n° 155.

[42] Des magistrats siégeant sans conseil ne se rencontrent que d'une manière exceptionnelle et pour servir d'instruments à des mesures politiques. LACTANCE, *de mortibus persecutorum* 22. « Iudices militares, humanitatis litterarum rudes *sine adsessoribus* in provincias missi. »

[43] Nous ne trouvons cependant aucune trace d'assesseurs assistant les magistrats municipaux.

[44] L. 2, § 19, C., *de off. præf. præt. Africæ* 1, 27. – *Nov.* 8, c. 8. – *Nov.* 17. c. 5, § 2. – *Nov.* 24, c. 6. – *Nov.* 82, c. 1, § 1 et *passim.*

[45] *Iuris studiosi, iuris periti.* Cf. ci-dessus, p 252, note 6.

[46] L. 2, § 19, C., *de off. præf. præt. Africæ* 1, 27. – L. 1, C., *de annonis* 1, 52. – *Nov.* 24 et *passim.*—Outre le traitement de l'Etat, l'assesseur recevait un salaire du fonctionnaire qu'il aidait. L. 1. 11. C., *de adsessoribus* 1, 52, et ci-dessus, n°s 153. 155.

[47] CASSIODORE, *Variæ*, VI, 2, et ci-dessus, n° 155.— L'assesseur pouvait aussi pratiquer comme avocat (sauf cependant devant le siége auquel il était attaché. Fr. 5, D., *h. t.*); mais Justinien déclara les deux professions incompatibles. L. 14, pr., § 2, C., *h. t.* – Cf. ci-dessus, n° 197.

[48] EUSÈBE, *de vita Constantini*, I, 44. – L. 2, Th. C., *de fide catholica* 16, 1. – *Nov. Valentin.*, tit. XVII. – L. 3., I. C., *de summa trinitate* 1, 1. – L. 8, I. C., *de episcopis et clericis* 1, 3. – *Nov.* 131, c. 1.

[49] Nous jugeons inutile de mentionner ces constitutions exorbitantes du droit commun; il est cependant intéressant de signaler la *Nov. Iustiniani* 86, comme le *nec plus ultra* de l'abaissement de l'autorité civile.

[50] *Voy.* ci-après, n° 225.

[1] *Voy.* ci-dessus, n° 157.

ment et finit même par assimiler les affranchis aux ingénus [2]. Dans le droit nouveau, il n'y a donc plus que des hommes libres et des esclaves. Tous les sujets libres de l'empire ont le droit de cité [3].

Mais il s'était formé insensiblement une classe particulière de personnes, constituant un état intermédiaire entre l'homme libre et l'esclave, les *coloni* [4]. Aucune trace certaine de cette institution ne se trouve avant Alexandre Sévère [5]; mais sous les empereurs chrétiens, elle prit un grand développement. Originairement le mot *colonus*, de *colere*, désigne tout simplement celui qui cultive la terre, et surtout celui qui prend à ferme la terre d'autrui. Aussi les colons dont il s'agit sont-ils fermiers [6], mais ils se trouvent dans un état de dépendance personnelle qui les fait ressembler aux anciens clients de Rome ou plus encore aux serfs du moyen âge. Il est probable que le colonat doit son origine aux conquêtes des peuples barbares et à l'influence que les mœurs de ces nations exerçaient sur les Romains. En effet, c'est principalement dans la Gaule, la Thrace et l'Illyrie, provinces frontières de l'empire, que nous trouvons cette institution [7]; et le principe qui la régit et d'après lequel un droit de

[2] Tit. C., *de dediticiа libertate tollenda* 7, 5. – Tit. C., *de latina libertate toll.* 7, 6. – § 3, I., *de libertinis* 1, 5, et Théophile, *ad h. l.* — *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 337.

[3] Mais nous trouvons des constitutions qui privent de certains droits les habitants de l'une ou l'autre province. Ainsi les habitants de Carthage et d'Égypte sont déclarés incapables de remplir des fonctions publiques. L. 21, Th. C., *de paganis* 16, 10.

[4] *Voy.*, en général, sur cette matière, Titt. Th. C., V, 9. 10. 11. – Tit. I. C., *de agricolis et censitis et colonis* XI, 47 et Titt. I. C., XI, 49. 50. 51. 52. 62. 63. 67. 68. — De Savigny, *Über den römischen Colonat*, dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. VI, nº 4 (*Vermischte Schriften*, t. II, p. 1). – Ortolan, *Explication historique des Instituts*, t. I, nº 435 sq. – Serrigny, *Droit public*, t. II, nºs 1127-1174. — Il y a aussi des esclaves *glebæ inherentes* ou *adscripticii*; mais nous n'avons à nous occuper ici que des *adscripticii* libres ou *liberi coloni*, comme Justinien les appelle, en opposition aux esclaves et aux affranchis, dans la L. 1, in f. C., *de colonis Illyricianis* 11, 52.

[5] Le principe de l'*adscription forcée à la glèbe* est absolument incompatible avec le droit des Quirites. Pour qu'il pût être introduit dans la législation de l'empire, il fallait évidemment d'une part que les institutions provinciales et barbares eussent déjà commencé à réagir sur le droit romain, et, d'autre part, que la puissance impériale fût devenue assez absolue pour porter atteinte au droit de *propriété* du maître sur l'esclave. Aussi le colonat n'est mentionné dans aucun texte antérieur à Alexandre Sévère. Cervidius Scævola, Fr. 20, pr. D., *de instructo leg.* 33, 7, et Paul, IV, 6, 48, parlent d'esclaves attachés à un fonds par la *libre* volonté du maître; les Fr. 4, § 8, D., *de censibus* 50, 15, et Fr. 17, § 7, D., *de excusat.* 27, 1, se rapportent peut-être à notre matière; enfin, les Fr. 112, pr. D., *de legatis I* (30) et L. 1, C., *de infantibus expositis* 8, 52 (si les textes sont purs) semblent évidemment traiter, le premier d'un *servus adscripticius*, le second d'une *adscripticia libera*. Mais il ne résulte pas nécessairement de la mention de Marc-Aurèle, qui se trouve au Fr. 112, pr. D., *cité*, que le rescrit de cet empereur qui y est visé se rapporte à notre institution : il est très-possible que le jurisconsulte invoque cette décision par analogie — *Voy.*, au reste, ci-après, note 8.

[6] *Voy.* ci-après, note 10.

[7] *Lex Romana Burgund.* Tit. 6. 14. – L. 13. 14, I. C., *de agricolis* 11, 47. – Tit. I. C., *de colonis Thracensibus* 11, 51; *de colonis Illyricianis* 11, 52. Il est vrai qu'il se trouve des colons aussi dans d'autres provinces, par exemple, en Palestine; mais le texte même de la constitution

domination ou de soumission personnelle peut être attaché à un fonds, est entièrement étranger aux idées romaines, tandis qu'il se trouve dans les usages des conquérants [8]. L'institution, importée ainsi dans l'empire, s'étendit ensuite rapidement à mesure qu'augmenta le dépérissement de l'agriculture, conséquence fatale de la dépopulation toujours croissante des campagnes [9]. — Les colons étaient considérés comme .attachés au fonds qu'ils cultivaient [10] et comme en formant un accessoire, une dépendance [11]. Le seigneur les revendiquait comme tels avec le fonds, et la vente de la terre les faisait passer en la même qualité au nouvel acquéreur [12]. Cependant ils étaient hommes libres : on leur reconnaissait la faculté de contracter mariage et même, sous quelques restrictions, le

de Valentinien et Théodose, qui traite de ces colons, semble indiquer que l'institution n'y a été introduite que plus tard et par analogie. Tit. I. C., *de colonis Palæstinis* 11, 50. *Voy.* aussi la note suivante.

[8] Sans nous arrêter à des mesures analogues que Suétone, *Octave*, 21 ; *Tibère*, 9 ; Eutrope, VII, 9, et une inscription chez Orelli, n° 750, attribuent à Auguste et à Néron, et qui n'ont, au fond, été que des essais passagers ; nous trouvons, à partir de Marc-Aurèle jusque dans les derniers temps de l'empire, des transplantations de barbares dans les provinces de l'intérieur où ils sont réduits à une condition analogue à celle des colons. Dion Cassius, LXXI, 11. — Capitol., *M. Antonin*, 22. 24. — Trebellius Pollion, *Claude*, 9. — Vopiscus, *Probus*, 15. 18. — Eumenius, *paneg. Constant*, c. 1. 8. 9. 21. — Amm. Marcell., XVII, 13. XIX, 11. XXVIII, 5. XXXI, 9. — Ces transportations doivent évidemment leur origine à une réaction des mœurs barbares. Tacite, *Germania*, 26. — L. 3, Th. C., *de bonis militum* 5, 4. — L. 6, § 3, Th. C., *de patrociniis vicorum* 11, 24. « qui vicis... adscripti sunt et homologi *more gentilicio* nuncupantur. » Mais il est à remarquer que les colonies barbares, établies avant notre époque en Italie, dans les Gaules et sur le Danube, n'ont point laissé de traces, si ce n'est celles que nous trouvons dans les deux passages du *Corpus iuris*, cités ci-dessus, note 5.

[9] D'après Libanius, περὶ τῶν προστασιῶν, 4, il y eut vers la fin du quatrième siècle des villages entiers de colons appartenant à un seul seigneur.

[10] Ce lien qui les attachait au sol agissait, au reste, en leur faveur comme à leur préjudice : ils ne pouvaient être expulsés ni congédiés tant qu'ils payaient le loyer, qui consistait en argent ou en produits du sol et ne pouvait être augmenté par le seigneur. L. 2. 7. 10. 21. 23, § 1, I. C., *de agricolis* 11, 47. — L. 1. 2, I. C., *in quibus causis coloni*. 11, 49.

[11] C'est pourquoi on les appelait *glebæ inhærentes, adscripticii, inquilini*, et *originarii* quand ils étaient nés sur le fonds. L. 1, Th C., *de inquilinis* 5, 10 (Cf. Fr. 112, pr. D., *de leg. I* (30). — L. 23, pr. I. C., *de agricolis* 11, 47. — L. 1, I. C., *de colonis Thrac.* 11, 51. « ... Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sunt, existimantur. » *Voy.* encore ci-après, n° 228. — Leur condition personnelle ressemblait d'ailleurs, sous beaucoup de rapports, à celle des esclaves. Le seigneur avait un droit de correction à leur égard (L. 24 *in f.*, C., *de agricolis* 11, 47); les colons fugitifs étaient assimilés aux *servi fugitivi* (L. 23, pr., C. *eodem*); ils n'avaient d'action contre le seigneur que du chef de crimes et d'augmentation injuste du cens qu'ils payaient (L. 1. 3. C., *in quibus causis coloni* 11, 49); enfin ce qu'ils acquéraient, *peculium*, appartenait au fonds et il ne leur était point permis, sauf certaines exceptions, d'en disposer. *Voy.* les textes cités ci-après, note 13 *in fine*. Aussi Justinien dit qu'il n'y a guère de différence « inter servos et adscripticios, cum uterque in domini sui positus sit potestate. » L. 21 in f. I. C., *de agricolis* 11, 47.

[12] L. 7. 23, pr. I. C., *de agricolis* 11, 47. Il était même défendu de vendre le fonds sans les colons, ou les colons sans le fonds. *Nov. Valentin.*, tit. IX. — L. 2. 7. 13, § 1. L. 21, in f. I. C., *de agricolis* 11, 47.

droit d'acquérir [13]. La qualité de colon était héréditaire [14]; bientôt l'on admit que le seigneur pût acquérir comme colons des hommes libres au moyen de la prescription [15]; souvent aussi des cultivateurs pauvres se soumettaient volontairement à ce joug [16]; enfin on y condamnait les vagabonds et les mendiants [17]. Dans le principe, les colons pouvaient reprendre leur indépendance au moyen de la prescription; mais Justinien abolit ce mode de libération [18]. Il est douteux si le colon pouvait être affranchi [19]; le seul moyen certain de sortir de cet état que nous trouvions dans nos sources de droit est la dignité épiscopale [20].

213. Sous les empereurs chrétiens, une distinction importante des personnes est fondée sur la différence de religion. Il n'y a que les membres de l'Église orthodoxe qui jouissent de la plénitude des droits politiques et civils. Les païens, les hérétiques, et surtout les apostats sont privés de plusieurs droits et menacés, en outre, de peines plus ou moins sévères [21]. Les juifs sont exclus de fonctions publiques, mais on les admet au barreau et dans les conseils municipaux [22].

[13] L. 1, I. C., *de colonis Thrac.* 11, 51. « ... Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sunt, existimantur. » —*Nov. Valentiniani*, tit. XXX, *de colonis vagis*, c. 1, § 2. 3. — L. 1, Th. C., *ne colonus inscio domino alienet peculium* 5, 11. — L. 6. 18. 23, § 2. L. 24, I. C., *de agricolis* 11, 47. — L. 2, I. C., *in quibus causis coloni* 11, 49.

[14] Cf. ci-après, nº 220, note 30, et nº 229 *in fine*. La législation a, au reste, beaucoup varié à cet égard. L. 1, Th. C., *de colonis* 5, 10. — L. 16. 21. 24, I. C., *de agricolis* 11. 47. — L. 3, I. C., 11, 53. — L. 4, I. C., 11, 67. — L. 1, I. C., 11, 68. — *Nov.* 54, pr. c. 1. —*Nov.* 162, c. 2. — D'après la *Nov. Valentin.*, tit. XXXI, § 5. 6, le mariage avec une personne adscriptice réduit le conjoint antérieurement libre à l'état de colon.

[15] Anastase, L. 18, I. C., *de agricolis* 11, 47. — Justinien, L. 23, § 1, I. C., *eodem*. — *Nov.* 162, c. 2.

[16] *Nov. Valentin.*, tit. XXXI, § 5. 6. — Salvien, *de gubernatione Dei*, V, 7. 8.

[17] L. 1, Th. C., *de inquilinis* 5, 10. — L. 7. 18. 22, pr. 23, § 1, I. C., *de agricolis* 11, 47. — *Nov. Valentin.*, tit. XXXI, § 5. 6. — L. 1, C., *de mendicantibus validis* 11, 25.

[18] L. 1, Th. C., *de inquilinis* 5, 10. — *Nov. Valentin.*, tit. XXXI, pr. § 1-3. — L. 23, pr. I. C., *de agricolis* 11, 47.

[19] L'affirmative, soutenue par Jacques Godefroi, est défendue avec force par Serrigny, nºs 1170 sq., qui invoque Sidoine Apollin., *epist.*, V, 19, et la L. 12, Th. C., *de fundis patrim.* 5, 13, combinée avec les L. 2, I. C., *de mancip. et colon. patrim. fund.* 11, 62 et L. 3, I. C., *de infant. expositis* 8, 52. Cependant il est difficile de concilier l'affranchissement des colons avec la défense faite au maître de les séparer du fonds. *Voy.* ci-dessus, note 12.

[20] L. 11. 16. 27, pr. I. C., *de episcopis* 1, 3. — *Nov.* 123, c. 4. — La simple entrée dans les ordres ou, en général, dans l'état ecclésiastique pouvait avoir pour effet de libérer l'esclave, mais n'affranchissait point du colonat. *Nov.* 123, c. 17.

[21] *Voy.* ci-dessus, nº 211, et Zosime, V, 46. — Titt. Th. C., *de hæreticis; de apostatis; de paganis* 16, 5. 7. 10. — Tit. I. C., I, 5-11. — L'on trouve une longue nomenclature d'hérétiques dans la L. 5, I. C., *de hæreticis et manichæis* 1, 5.

[22] L. 16. 24, Th. C., *de Iudæis* 10, 8, et ci-après, nº 220, note 33. — Des constitutions impériales défendent aux juifs, sous peine de mort, d'épouser une chrétienne, de faire des prosélytes, d'avoir et de circoncire des esclaves chrétiens. L. 6. 18, I. C., *de Iudæis* 1, 9. — Tit. Th. C., *ne christianum mancipium Iudæus habeat* 16, 9. — Tit. I. C., *eodem* 1, 10.

ADMINISTRATION DE L'EMPIRE †.

De l'administration centrale.

214. Les efforts persévérants qui, depuis l'établissement de la monarchie, ont été faits dans le but d'introduire l'uniformité dans l'administration aboutissent, sous les empereurs chrétiens, à un système complet de centralisation. Toutes les branches en sont organisées avec le plus grand soin. Grâce à un service postal, vraiment admirable pour l'époque, une sûreté et une rapidité merveilleuses président aux communications du pouvoir central avec les diverses autorités de l'empire [1]. Une hiérarchie parfaitement graduée assure le fonctionnement régulier de tous les rouages. L'organisation municipale cesse d'être le privilége d'un petit nombre de cités favorisées, en devenant le partage de toutes les villes; les notables des provinces peuvent s'assembler et faire connaître au souverain les besoins du pays [2]. Le prince, d'ailleurs, se montre accessible à tous ses sujets, et il accueille avec bienveillance les supplications qui lui sont adressées [3]. — Quelle que soit la moralité de l'empereur régnant et de sa cour, toujours les ordonnances impériales portent le cachet de la préoccupation la plus vive pour le bien général. On épuise, en faveur du commerce, de l'industrie, de l'agriculture, tous les moyens que les lumières de l'administration ont pu découvrir [4]; et c'est avec un souci constant que l'on travaille à combattre la misère et la disette, à prévenir ces maux, à les adoucir [5]. L'attention du prince va même jusqu'à indiquer à ses sujets les dogmes religieux à suivre pour arriver au bonheur dans ce

† Pour les détails de l'administration de l'empire, on consultera toujours avec fruit les commentaires de J. Godefroi, sur les titres du Code Théodosien qui s'y rapportent, ainsi que l'ouvrage de Serrigny, *Droit public et administratif romain*, que nous avons déjà cité. Mais l'exposé le plus substantiel et en même temps le plus complet et le plus clair, se trouve dans le tome III de l'ouvrage de M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*. Berlin, 1866.

[1] On trouve des détails sur l'organisation du service postal, *cursus publicus* (qui, au reste, n'était point à la disposition des particuliers), dans les Titt. Th. C., *de cursu publico* 8, 5; I. C., *eodem* 12, 51, et des développements fort intéressants dans le commentaire de J. Godefroi, sur le Tit. Th. C., *cité*. *Voy.* aussi Serrigny, *Droit public*, t. II, nos 955-977, et un article de M. Naudet, *De l'administration des postes chez les Romains*, publié dans les *Mémoires de l'Institut. Académie des inscriptions et belles-lettres*, 1858. t. XXIII, 2, p. 166-240.

[2] *Voy.* ci-après, nos 220. 221.

[3] Nos codes contiennent de nombreux rescrits, adressés par l'empereur à d'humbles cultivateurs, à de simples soldats, voire même à des esclaves. *Voy.* ci-dessus, p. 285, note 9.

[4] Nous nous bornons à signaler les deux grandes créations ayant pour but de relever l'agriculture : le *colonat*, ci-dessus, nos 212 sqq., et le *bail emphytéotique*, ci-après, § 146.

[5] Un service particulier est institué pour assurer les approvisionnements des deux capitales; l'on y vend à bas prix le pain, le vin, l'huile, et l'on fait des distributions gratuites de ces denrées. *Voy.* ci-après, no 219 *in fine*. — Un édit de Dioclétien et de ses collègues, de 301, fixe le prix

monde, et pour jouir, dans l'autre, de la félicité suprême [6].—Toutefois, à la bonté paternelle le chef de l'État sait allier la vigueur. La majesté impériale exige que rien ne résiste à la volonté du maître, et que toujours force reste à la loi. Le législateur crée des délits et des crimes nombreux, auxquels répond une échelle variée de pénalités, qui se fait remarquer par une sévérité extrême. Les ordres venus d'en haut trouvent des exécuteurs toujours prêts dans les armées. A l'intérieur, elles étouffent les mécontentements; aux frontières, elles repoussent l'invasion des peuples barbares qui menacent l'empire. Les faveurs et les priviléges qui leur sont prodigués stimulent leur zèle dans l'accomplissement de cette double mission.

215. Néanmoins, cette organisation forte et habile, cette sollicitude constamment éveillée du gouvernement ne peuvent sauver l'empire qui marche à pas de géant vers sa décadence. La corruption, qui depuis longtemps avait envahi les classes élevées de la société, s'étend tous les jours davantage. Les fonctionnaires chargés de veiller au salut du pays n'usent des pouvoirs qui leur sont confiés que pour opprimer leurs administrés et pour les pressurer. L'agriculture est négligée; les campagnes se dépeuplent, et la misère effrayante au sein de laquelle elles croupissent ne tarde pas à atteindre les villes elles-mêmes. En vain les conseillers de la couronne ont épuisé toutes les ressources de leur génie inventif pour chercher des remèdes capables au moins d'arrêter le mal. Les institutions créées dans ces vues deviennent à leur tour de nouvelles sources de dégradation [7]. Enfin, deux siècles suffisent au nouveau régime pour achever la décomposition politique et sociale du plus puissant empire qui ait jamais existé. Vers la fin du cinquième siècle, Rome succombe, écrasée par une poignée de mercenaires révoltés, et si l'empire d'Orient échappe à cette humiliation, ce n'est que pour dépérir lentement dans une longue et douloureuse agonie.

216. Il n'entre pas dans le plan de notre livre de retracer tous les détails de ce triste spectacle, et moins encore de déterminer la part qu'il faut attribuer dans ces résultats à l'organisation administrative de l'empire. Cette organisation, nous n'avons qu'à la faire connaître à grands

des denrées les plus importantes dans toutes les provinces; les empereurs, les préfets de ville et les gouverneurs réglementent le débit de la viande, du pain, de la farine (*voy.* ci-dessus, p. 10, nos 24. 28), et veillent à ce que les villes ne manquent pas de bouchers, de boulangers, de meuniers. SERRIGNY, t. II, nos 1084-1092.

[6] Tit. Th. C., *de fide catholica* 16, 1. – Tit. I. C., *de summa trinitate* 1, 1, surtout les L. 2. 3. 5. 6 de ce dernier titre, dans lesquelles les empereurs commentent les dogmes de la trinité, *unam essentiam in tribus hypostasibus*, de l'*incarnatio ex sancta semper virgine et deipara Maria*, etc., tout en réfutant et condamnant les exécrables hérésies de Porphyre, de Nestorius et d'autres *Voy.* aussi ci-dessus, nos 211. 213.

[7] Il suffit de mentionner le colonat et l'emphytéose dont nous avons parlé ci-dessus, note 4.

traits et sans nous occuper des nombreuses anomalies de détail qu'elle renferme. Encore cette tâche se trouve-t-elle accomplie en grande partie par ce que nous avons dit en traitant de la constitution politique de l'empire. Nous avons vu, en effet, qu'au point de vue politique et administratif, l'empire est divisé en *préfectures*, en *diocèses* et en *provinces;* nous avons fait connaître les pouvoirs des préfets du prétoire, qui administrent les préfectures comme lieutenants immédiats de l'empereur [8]; il ne nous reste donc plus qu'à faire connaître l'organisation des diocèses, des provinces et des communes, sauf à tracer ensuite un tableau rapide de l'administration de la justice et de l'organisation financière de l'État. Mais avant de faire cet exposé, il nous paraît utile de faire observer que la centralisation de l'empire romain diffère essentiellement de la centralisation des temps modernes. Dans nos gouvernements d'aujourd'hui, l'administration publique est divisée en diverses branches, représentées par des ministères, ayant chacun sa compétence nettement déterminée et une gradation hiérarchique. Pareille séparation n'existe pas dans l'empire romain. Abstraction faite des finances et de l'administration militaire, pour lesquelles il y a des départements particuliers [9], tous les pouvoirs se trouvent réunis dans les mains du gouverneur de la province, qui statue sur toutes les affaires judiciaires et administratives, de quelque nature qu'elles soient, sauf recours à l'autorité supérieure [10]. C'est aussi une erreur qui se rencontre parfois que de considérer les quatre *scrinia*, que l'on comprend sous le nom de chancellerie impériale, comme constituant des autorités analogues à nos départements ministériels. Ces bureaux n'administrent ni ne décident rien : ils se bornent à préparer et à instruire les affaires qui doivent être soumises à l'empereur, statuant seul ou avec son consistoire. On pourrait plutôt comparer à nos ministres les quatre hauts dignitaires du consistoire que nous avons nommés ci-dessus [11]; mais encore l'analogie est-elle loin d'être complète.

De l'organisation provinciale et communale.

217. Le préfet du prétoire exerce ses pouvoirs, soit en personne, soit par des lieutenants, *vicarii*, préposés aux diocèses soumis à son autorité [1]. Sauf quelques exceptions, les divers diocèses sont divisés en pro-

[8] *Voy.* ci-dessus, nos 200. 206.

[9] *Voy.* ci-dessus, no 200, et ci-après, nos 226-229.

[10] *Voy.* ci-après, nos 217 et 225 *in fine*.

[11] Cf. ci-dessus, p. 312, note 27. Le *magister officiorum* pourrait, en effet, être qualifié de ministre des affaires étrangères et des postes; le *quæstor sacri palatii,* de ministre de la justice; enfin, les deux autres, sont des intendants de finances.

[1] *Voy.* ci-dessus, nos 200, 206.

vinces. Pour assurer la bonne administration, l'on ajoute encore aux lois et ordonnances qui avaient été publiées à cet effet dans les deux époques précédentes [2] et l'on réduit l'étendue des provinces, ce qui en augmente considérablement le nombre [3]. Chaque province est soumise à un gouverneur, *rector*, *præses*, *corrector*, entre les mains duquel est concentrée l'administration civile, désormais rigoureusement séparée du commandement militaire. Du gouverneur il y a recours, soit auprès du vicaire du diocèse, soit auprès du préfet du prétoire [4].

218. Les exceptions dont nous avons parlé concernent spécialement les deux capitales, l'Italie, l'Égypte, la Grèce et une partie de l'Asie Mineure. Celles qui se rapportent aux derniers pays ont trop peu d'importance réelle pour être indiquées.

L'Italie avait déjà perdu, vers la fin de l'époque précédente, la plupart de ses priviléges. Sous Dioclétien et Maximien, elle fut privée de l'immunité d'impôt foncier dont elle avait joui auparavant [5]. Depuis, cette exemption n'existe plus que pour les villes qui obtiennent par fiction le *ius italicum*, droit qui confère, en outre, au territoire auquel il est accordé le privilége de la propriété romaine. Cette dernière partie du *ius italicum*, au reste, perdit son importance sous Justinien, qui étendit le même avantage à toutes les provinces de l'empire [6]. — Les changements administratifs introduits par Adrien avaient rapproché considérablement le régime de l'Italie de celui des provinces. Depuis qu'elle forme avec la Sicile et l'Afrique l'une des quatre préfectures de l'empire, elle ne diffère guère des autres diocèses si ce n'est par ce que les pouvoirs du vicaire de Rome, qui est préposé à l'Italie urbicaire et suburbicaire [7], sont, sous plusieurs rapports, restreints par l'autorité du *præfectus urbi*.

[2] *Voy.* ci-dessus, n° 172, et L. 1, Th. C., *de adsessoribus* 1, 35. — L. 5. 8. 10, I. C., *eodem* 1, 51. — L. 1, Th. C., *de off. rect.* 1, 17. — L. 12, I. C., *eodem.* — Tit. Th. C., *de iis, quæ administrantibus distracta sunt vel donata* 8, 15. — Tit. I. C., *de contractibus iudicum et inhibendis donationibus in eos faciendis* 1, 53. — *Edict. Iustiniani* 10. — *Nov. Iustiniani* 8, c. 7. 9. 10. 14; 95; 128, c. 23; 161 et *passim*.

[3] L'Espagne, d'abord divisée en deux provinces, en a cinq depuis Constantin : la Gaule en eut deux quand Jules César en prit le commandement, elle en compte dix-sept plus tard; *Britannia* est décomposée en cinq provinces dans la *Notitia dignitatum.* — Cette division des provinces avait évidemment pour but de faciliter la surveillance des fonctionnaires et d'assurer un contrôle rigoureux et sévère; mais les contemporains n'y voient qu'une mesure déplorable ayant pour effet d'augmenter le nombre de leurs tyrans et d'accroître les charges des contribuables. LACTANCE, *de mortibus persecutorum*, 7. « Adeo maior esse cœperat numerus accipientium quam dantium, ut enormitate indictionum consumtis viribus colonorum desererentur agri... Et, ut omnia terrore complerentur, provinciæ quoque in frusta concisæ, multi præsides et plura officia singulis regionibus ac pœne iam civitatibus incubare. » — CLAUDIEN *in Eutrop.*, II, 586, sqq. « ... Provincia quæque superstes Dividitur... hac arte reperta Rectorum numerum terris pereuntibus augent. »

[4] *Voy.* ci-après, n° 223 *in fine*.

[5] *Voy.* ci-dessus, n° 160 *in fine*.

[6] *Voy.* ci-dessus, n° 168 *in fine*, et ci-après, n° 227 *in fine*.

[7] *Vicarius urbis.* CASSIODORE, *Variæ*, VI, 15, et la note suivante. — Les autres parties de la

219. Les pouvoirs du *præfectus urbi*, aussi étendus que ceux des préfets du prétoire [8], embrassent, comme dans l'époque précédente, la ville de Rome et le territoire adjacent jusqu'à cent milles d'alentour. Il y exerce la juridiction civile et criminelle; il a même le droit de prononcer la peine capitale [9]. Contre ses décisions il n'y a d'autre moyen légal que le recours à l'empereur. Il a, en outre, la haute surveillance des approvisionnements de la ville, dont le soin particulier incombe à un fonctionnaire spécial,l e *præfectus annonæ* [10]. La police est confiée au *præfectus vigilum*, qui juge également les contraventions y relatives [11]. Les pouvoirs du sénat ne dépassent guère ceux d'un simple conseil municipal [12]. Les finances de la ville ne sont plus confondues avec celles de l'État; la caisse communale est administrée par des questeurs sous la surveillance du *præfectus urbi* [13]. — La ville de Constantinople reçut la même organisation que l'ancienne métropole [14]. Elle n'eut point, à la vérité, comme Rome, un *præfectus annonæ* spécial [15]; mais le service des approvisionnements s'y fit, sous la direction immédiate du préfet de la ville, avec le même soin qu'à Rome. Pour assurer ce service, les provinces devaient fournir des contributions de vin, d'huile, de grains [16]. La recette et l'expédition aux deux capitales de la contribution des céréales, *canon frumentarius*, étaient confiées à deux préfets particuliers résidant à Carthage et à Alexandrie [17].

220. Les autres villes des provinces se trouvent sous l'action directe des gouverneurs; mais toutes aussi jouissent de l'organisation muni-

Péninsule, comprises sous le nom d'*Italia annonaria* (*voy.* ci-dessus, page 259, note 11), sont soumises au *vicarius Italiæ*, résidant à Milan.

8 Ainsi il n'y avait pas d'appel de leurs décisions, mais seulement un recours auprès de l'empereur (ci-après, nº 225); et il pouvait y échoir appel auprès du préfet des décisions rendues par le *vicarius urbis*. L. 25. 29. 36. 61. Th. C., *de appellationibus* 11. 30.

9 *Voy.* ci-dessus, nºs 154. 163, et L. 2, Th. C., *de integri restit.* 2, 16. – L. 15, Th. C., *de accusationibus* 9, 1. – Cassiodore, *Variæ*, VI, 4.

10 *Voy.* ci-après, notes 16 et 17.

11 Cassiodore, *Variæ*, VII, 7. – Tit. I. C., *de officio præf. vigilum* 1, 43. Justinien remplaça à Constantinople le *præfectus vigilum* par un *prætor populi* ou *plebis*. Lydus, *de magistr.*, II, 29. 30. – *Nov.* 13. 14. 80.

12 *Voy.* ci-dessus, nº 156.

13 Symmaque, *epist.*, X, 40. 57. La caisse municipale est cependant encore appelée *ærarium populi* ou *arca quæstoria*. *Voy.* ci-dessus, nº 156.

14 *Voy.* ci-dessus, nº 199.

15 Symmaque, *epist.*, X, 26. 38. 55. – Cassiodore, *Variæ*, VI, 18. – L. 5. 7. Th. C., *de officio præf. urbi* 1, 6. – Tit. I. C., *de apparitoribus præfecti annonæ* 12, 59.

16 Symmaque, *epist.*, VII, 96. IX, 131. X, 54. 55. – Tit. Th. C., *de annonis* 11, 1. – Tit. Th. C., *tributa in ipsis speciebus inferri* 11, 2. – L. 2, Th. C., *de curatoribus kalendarii* 12, 11 « ... tam oleariæ arcæ, quam frumentariæ... » – Titt. Th. C., *de canone frumentario urbis Romæ* 14, 15; I. C., *eodem* 11. 22. – Titt. Th. C., *de frumento urbis Const.* 14, 16; I. C., *eodem* 11, 23.

17 *Notitia dignit. Occid.*, c. 2. – Tit. Th. C., *de frumento Carthag.* 14, 25. – Rubr. L. 5, Th. C., de *susceptoribus* 12, 6. – Tit. Th. C., *de frumento Alexandrino* 14, 26 et *passim*.

cipale qui autrefois avait constitué un privilége exceptionnel [18]. Cette organisation, comme les autres institutions, tend naturellement de plus en plus à devenir uniforme dans l'empire entier. Ainsi toutes les villes ont leur curie [19]; mais il paraît que les chefs des administrations municipales n'ont pas partout la *iurisdictio*, ni, par conséquent, le caractère de *magistratus* [20]. Ceux qui sont revêtus de cette dignité s'appellent habituellement [21], comme déjà dans l'époque précédente, *II viri* et *IV viri iuri dicundo,* avec la qualification de *quinquennales*, quand ils tiennent le cens [22]; mais leur juridiction contentieuse est considérablement restreinte, sans qu'il nous soit possible d'en déterminer la limite [23]. Il y a, en outre,

[18] *Voy.*, sur cette matière, ci-dessus, nos 102 sqq. 166, et les commentaires de J. Godefroi sur les titres du Code Théodosien, qui traitent de ce sujet, particulièrement *ad Tit. Th. C., de decurionibus* 12, 1. – De Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. 1, ch. II. – Raynouard, *Sur l'administration municipale de la France*. Paris, 1828. – Serrigny, *Droit public*, t. I, nos 222-228. M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, t. III, § 158.

[19] Salvien, *de gubernatione Dei*, V, 4. – Godefroi, *Paratitla ad Th. C.*, XII, 1. — Quant aux bourgs et villages, nous y trouvons également des *curiales* qui siégeaient peut-être dans les *metrocomiæ*, c'est-à-dire dans les bourgs qui formaient une espèce de chef-lieu de canton rural. L. 6. § 1. 4. 5. Th. C., *de patrociniis vicorum* 11, 24. – Cf. L. 1, I. C., *non licere habitatoribus metrocomiæ loca sua ad extraneum transferre* 11, 55. Il y a aussi des *præfecti pagorum* et *vicorum, qui pagos gubernant;* mais rien ne nous indique comment et par qui ces préposés étaient nommés ou choisis. L. 1, Th. C. *de pignoribus* 2, 30 (L. 7, I. C. 8, 17). – *Edict. Iustiniani*, XIII, pr. c. 24. Dans tous les cas, il paraît que les *pagi* et *vici* se trouvaient dans une certaine dépendance vis-à-vis des villes auxquelles ils ressortissaient. L. 8, I. C., *de exactoribus* 10, 19. « ... Curiæ eiusdem civitatis, sub qua vincti sunt... » Cf. ci-dessus, ℘ 206, note 75, et Fr. 29. 30, D., *ad municipalem* 50, 1. – Fr. 239, § 2, D., *de verb. sign.*, 50, 16. – L. 3, C., *de natural. liberis* 5, 27. C. L. 28, § 4, C., *de episcopis* 1, 3.

[20] L. 8, § 1, Th. C., *de donationibus* 8, 12. « Gestorum quoque confectionem.... fieri oportebit ut instrumentum, quo continetur munificentia, apud acta publicetur, in hac quidem urbe apud magistratum census, in provinciis vero apud provinciarum rectores, vel, si præsto non fuerint, apud magistratus municipales, vel si civitas ea, vel oppidum, in quo donatio celebratur, non habeat magistratus, apud defensorem plebis, in qualibet civitate fuerit repertus... » Cf. L. 2, I. C., *de magistrat. municipalibus* 1, 56. –L. 30, I. C , *de donationibus* 8, 54. *Voy.* ci-après, t. II, § 255, notes 29 sqq.

[21] Déjà sous l'époque précédente, en effet, le mot *duoviri* est employé pour désigner généralement les magistrats municipaux, et *duumviratus* comme synonyme de magistrature municipale. *Vatic. fragm.* 112. – Ulpien, Fr. 2, pr. D., *si quis ius dicenti* 2, 3; Fr. 1, § 9, D., *de magistrat. conveniendis* 27, 8; Fr. 52, § 12, D., *de furtis* 47, 2. – Paul, Fr. 55, § 1., D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. – L. 174. 177, Th. C., *de decurionibus* 12, 1. – L. 5, Th. C., *de exhibendis reis* 9, 2. – L. 3, Th. C., *de superexactionibus* 11, 8. – L. 19, Th. C., *de appellationibus* 11, 30.

[22] L. 1. Th. C., *de medicis* 13, 3, et ci-dessus, no 166.

[23] *Voy.* ci-dessus, p. 266, notes 7-9, et ci-après, no 225. — Par contre, les magistrats municipaux ont des attributions étendues de juridiction volontaire. Ils reçoivent les déclarations des citoyens qui veulent faire des actes juridiques, de quelque nature que ce soit, et en dressent procès-verbal. Valentinianus et Valens AA. L. 2, I. C., *de magistratibus municipalibus* 1, 56. « Magistratus conficiendorum actorum habeant potestatem. » Cf. ci-dessus, note 20, et ci-après, § 54, note 17; § 162 *in fine*. T. II, § 255. T. III, § 365, *C*; § 372, note 7; § 380, *A*. — Pour la confection de ces actes, les lois exigent la présence d'un magistrat, de trois décurions et d'un *exceptor*. L. 151, Th. C., *de decurionibus* 12, 1. – *Nov. Valentin.* XVIII, § 10.

des édiles et d'autres fonctions municipales [24], parmi lesquelles nous avons à signaler une création nouvelle, les *defensores civitatis* [25]. L'administration des biens communaux est confiée à des *curatores civitatis*, nommés par l'empereur et, depuis Justinien, élus par l'évêque et les notables [26]. Des employés, appelés *tabularii*, sont chargés de la comptabilité et des archives [27]. — Le conseil municipal, *curia, ordo decurionum, senatus*, comptait toujours un nombre considérable de membres, *decuriones, curiales*, parmi lesquels on distingue des *primi* ou *principales* [28]. On devenait décurion, soit par naissance, ce qui avait fini par constituer une espèce de noblesse municipale qu'on oppose aux autres bourgeois, *plebeii* [29], soit par élection. Mais quand le despotisme eut anéanti toute vie publique, la dignité de décurion fut moins ambitionnée : on ne trouva plus de candidats pour la rechercher; la transmission héréditaire était redoutée comme un malheur par ceux en faveur desquels elle avait été créée [30]; tous enfin cherchaient à se soustraire à des fonctions qui imposaient les charges les plus onéreuses. « Les plébéiens refusaient d'entrer dans cet ordre, et les décurions tentaient tous les moyens de se soustraire à leur dignité. En vain plusieurs cherchaient un refuge dans le service militaire et même dans l'esclavage; on les en arrachait pour les rendre à la curie [31]. On condamnait les criminels et les clercs dégradés à entrer dans l'ordre des décurions, bien que les lois impériales l'eussent d'abord défendu [32]. Les juifs et les hérétiques y étaient admis. Ce ne fut que depuis Justinien qu'ils furent soumis aux obligations de cette charge sans en avoir les prérogatives [33]. Des priviléges de toutes sortes étaient offerts à ceux qui entraient volontairement dans la curie : l'enfant naturel, par exemple, acquérait ainsi les droits de la légitimité [34]. » Cette défaveur

24 Amm. Marcell., XXVIII, 6. – Fr. un. D., *de via publica* 43, 10. – L. 2. C., *si servus vel libertus*. 10, 32.

25 *Voy.* ci-après, notes 37 et suivantes.

26 *Curator, pater civitatis; logista. Voy.* ci-dessus, n° 166, et Cassiodore, *Variæ* VII, 12. – Eusèbe, *Hist. eccl.*, IX, 1. – L. 20, Th. C., *de decur.* 12, 1. – L. 3, I. C., *de modo multarum* 1, 54. – L. 2, in f. I. C., *de debitoribus civitatum* 11, 32. – *Nov. Iustiniani* 128, c. 16.

27 Titt. Th. C., *de tabulariis, logographis et censualibus* 8, 2; I. C., *eodem* 10, 69. Ces *tabularii* avaient aussi qualité pour faire ou recevoir certains actes juridiques. Cf. ci-après, n° 224 *in f.*

28 *X primi; XV, VII, VI, V primi; principales.* Cf. ci-dessus, p. 200, note 22 et L. 2, Th. C. *de quæstionibus* 9, 35. – L. 52, pr. L. 54, § 4, Th. C., *de hæreticis* 16, 5. – Gruter, *Inscript.* 89, 4. 348, 7. – Orelli-Henzen, *Inscr.*, n°s 1848. 2330. 3761. 4125. 5604 (3760).

29 *Voy.* ci-dessus, n° 166 *in fine*, et L. 7, § 2, Th. C., *de tironibus* 7, 13; L. 2, Th. C., *de publica comparatione* 11, 15 et *passim*.

30 Le même phénomène social se rencontre chez les colons (ci-dessus, p. 317, note 14), et dans les corporations de métiers (ci-après, n° 229 *in fine*).

31 L. 10. 11. 13. 22, Th. C., *de decurionibus* 12, 1. – *Nov. Maioriani*, VII. *de curialibus*.

32 L. 66. 108, Th. C., *eodem*. – L. 5, Th. C., *de fide catholica* 16, 1. – *Const. Sirm.* 19.

33 L. 99. 165. 157, Th. C., *eodem*. – *Novelle* 45.

34 De Savigny, *Hist. du droit romain au moyen âge*, t. 1, p. 22 sqq., trad. de M. Guenoux.

qui pèse sur la charge des décurions s'explique par les fonctions pénibles qui leur étaient imposées et par la grande responsabilité dont ils étaient frappés. Ils étaient particulièrement exposés aux exactions des gouverneurs et, quand la caisse publique était insuffisante, on les rendait personnellement responsables des contributions arriérées [35]. C'étaient encore eux qui devaient recevoir les grands personnages et faire des cadeaux à l'empereur et aux fonctionnaires. Pour s'assurer de leur solvabilité, on leur défendait d'aliéner leurs immeubles ; enfin ils étaient pour ainsi dire inféodés à la curie, et quand ils mouraient sans héritiers, c'était la curie qui succédait dans leurs biens [36]. — Nous avons parlé plus haut des *defensores civitatum* ou *plebis* [37]. Ces fonctions datent, comme institution permanente, de Valentinien Ier et se trouvent depuis cet empereur dans toutes les villes du pays [38]. Les défenseurs, choisis en dehors de la curie par les bourgeois, sauf approbation du préfet du prétoire et de l'empereur [39], avaient pour mission de protéger leurs commettants contre l'oppression des puissants et même des gouverneurs [40], en adressant des requêtes aux autorités supérieures, et en cas de besoin à l'empereur [41]. On leur attribua aussi dans la suite la juridiction criminelle des délits de peu d'importance [42] et une juridiction civile dont Justinien éleva la compétence de cinquante à trois cents écus d'or [43].

221. Les conseils provinciaux paraissent avoir reçu dans notre époque une organisation plus stable : ils ont des sessions régulières, peut-être annuelles [44], dans lesquelles il est permis aux délégués des villes, *legati*, de délibérer sur les besoins du pays. Ils peuvent aussi transmettre leurs vœux et griefs à l'empereur pourvu que le préfet du prétoire ait préala-

[35] L. 6, Th. C., *de episcopis*, 16, 2.

[36] Cassiodore, *Variæ*, VII, 47. – Titt. Th. C., V, 2 ; XII, 3. – Titt. I. C., VI, 62 ; X, 33 sq. – *Nov. Iustiniani* 38. 70.

[37] *Voy.*, sur cette institution : Titt. Th. C., *de defensoribus civitatum* I, 29 ; I. C., *eodem* I, 55. – *Nov. Maioriani*, 3 ; *Iustiniani*, 15.

[38] (L. 1. 8. Th. C., *h. t.*) L. 1. 4. 6. I. C., *eodem*. « universarum provinciarum...... per omnes regiones. »

[39] L. 5, Th. C., *h. t.* – L. 2, I. C., *eodem* « non ex decurionum seu cohortalium corpore, sed ex aliis idoneis personis. » – *Nov. Maioriani* 3 ; *Iustiniani* 15, c. 1. — Cf. L. 8, I. C., *h. t.*, et L. 19, I. C., *de episcopali audientia* 1, 4.

[40] L. 4, I. C., *h. t.* – (L. 3, Th. C., *de superexactionibus* 11, 8) L. 9, I. C., *h. t.*

[41] *Voy.* les deux citations de la note précédente, et L. 12, Th. C., *de re militari* 7, 1, – L. 8, § 1, I. C., *h. t.* – *Nov. Maioriani* 3 ; *Iustiniani* 15, c. 5.

[42] L. 7, Th. C., *h. t.* – L. 5, I. C., *eodem*. – L. 8, Th. C., *de iurisdictione* 2, 1. – *Nov. Iust.* 15, c. 6, § 1. — Ils ont aussi des attributions de police judiciaire. *Voy.* ci-après, n° 222, note 3.

[43] L. 2, Th. C., *h. t.* – L. 1, I. C., *eodem*. — Ils peuvent, en outre, recevoir des actes et nommer des tuteurs. L. 9, § 1, I. C., *h. t.* – L. 8, Th. C., *de donationibus*, ci-dessus, note 20. – L. 30, I. C., *eodem* 8, 54. – § 5, I., *de Atiliano tutore* 1, 20. – *Nov. Iustiniani* 15, c. 5 ; 86, c. 7.

[44] Amm. Marcell., XXVIII, 6.

blement approuvé et admis leur requête [45]. Nous trouvons également des assemblées diocésaines [46].

Administration de la justice.

222. En dehors des villes de Rome et de Constantinople [1], l'administration de la justice criminelle était confiée aux gouverneurs des provinces [2], sauf certains délits de moindre importance, dont la poursuite incombait aux magistrats municipaux et plus tard spécialement aux défenseurs des cités, qui étaient, en outre, chargés d'une partie notable des fonctions que nous considérons comme étant du domaine de la police judiciaire [3]. Dans tous les cas, il y avait appel auprès de l'autorité supérieure [4] et, en dernier lieu, recours à l'empereur, qui, d'ailleurs, s'occupait parfois, dans des cas exceptionnels, directement des crimes remarquables [5]. — Le nombre des faits frappés de peines criminelles augmente encore par l'extension des *crimina extraordinaria* dont le principe remonte à l'origine de la monarchie [6]. — La sévérité du système pénal continue de suivre la marche ascendante que nous avons signalée dans l'époque précédente [7]; mais l'empereur en mitigeait les rigueurs dans la pratique, en ordonnant la cessation des poursuites, en faisant remise de la peine,

[45] L. 1. 3. 4. 6-14. 16, Th. C., *de legatis et decretis legationum* 12, 12. — L. 3, I. C., *de officio rectoris* 1, 40. — Cf. Titt. D., *de legationibus* 50, 7; C., *eodem* 10, 63.

[46] L'évêque Hincmar, de Reims, nous a conservé un mandat, adressé en 418 par l'empereur Honorius au préfet du prétoire des Gaules Agricola et concernant la tenue à Arles de l'assemblée des sept provinces qui forment le diocèse de Vienne. Ce document, publié d'abord par Sirmond dans les OEuvres d'Hincmar, t. II, p. 370, a été, depuis, souvent reproduit, entre autres, dans Haubold, *Monumenta legalia*, p. 296, et Haenel, *Corpus legum*, p. 238.

[1] *Voy.* ci-dessus, p. 308, note 4 et p. 310. n° 2.

[2] L. 8, Th. C., *de iurisdictione*, 2, 1. — L. 1, Th. C., *ne sine iussu principis certis iudicibus liceat confiscare* 9, 41. — Amm. Marc., XV, 7. 13. XVI, 5.

[3] L. 7. 8, Th. C., *de defensoribus civitatum* 1, 29. — L. 5. 6. 7, I. C., *eodem* 1, 55. — L. 5, Th. C., *de exhibendis reis* 9, 2. — L. 12, § 4. Th. C., *de paganis*, 16, 10. — L. 22, pr. L. 34, § 6, I. C., *de episcopali audientia* 1, 4. — *Nov. Iustiniani*, 15, c. 6, § 1.

[4] L. 20. 57. 58. 61, Th. C., *de appellationibus* 11, 30. — L. 29, I. C., *eodem* 7, 62. On suivait dans ces appels les formalités usitées en matière civile. L. 6, § 3. L. 12, I. C., *de appellationibus* 7, 62. — L. 7, I. C., *quorum appellationes non recipiuntur* 7, 65.

[5] *Voy.* ci-dessus, n° 163, et *Collat. leg. Mos.*, I, 11. — Fr. 14, D., *de off. præsidis* 1, 18. — L. 1, C., *de precibus imperatori offerendis* 1, 18.

[6] Nous nous bornons à citer l'extension que les empereurs Arcade et Honorius donnent au crime de lèse-majesté (L. 5, I. C., *ad legem Iul. maiestatis* 9, 5); les lois aussi cruelles que nombreuses contre les crimes d'hérésie, d'apostasie, etc. (*Voy.* ci-dessus, p. 317, note 22); les lois cruelles de Constantin contre le *crimen violentiæ* (L. 6. 7, I. C., *ad legem Iuliam de vi* 9, 12); les lois contre le crime de sacrilége (Tit. I. C., *de crimine sacrilegii* 9, 29); la peine de mort comminée contre les habitants des provinces qui contractent mariage avec des barbares et des gentils (L. un., Th. C., *de nuptiis gentilium* 3, 14). *Voy.* encore ci-après, n° 231 *in fine*.

[7] Aux cas cités à la note précédente, l'on peut ajouter, entre autres, les peines sévères contre l'adultère, l'inceste, le stupre, le *lenocinium*. *Voy.* t. III, § 324.

en accordant des amnisties ou même en réhabilitant les condamnés qui lui paraissaient dignes de cette faveur [8].

223. La connaissance des affaires civiles appartient également aux fonctionnaires impériaux. Il est vrai que les préteurs des deux capitales, ainsi que les magistrats municipaux et les défenseurs des villes, conservent une certaine juridiction ; mais cette juridiction est restreinte et limitée par la nature ou la valeur pécuniaire du litige [9]. La juridiction ordinaire appartient, à Rome et à Constantinople, au préfet de la ville et dans les provinces aux gouverneurs, qui sont souvent désignés par le titre de *iudices ordinarii* ou simplement *iudices* [10]. Nous avons vu ci-dessus que l'étendue des provinces dans la nouvelle organisation était beaucoup moindre que dans les temps antérieurs. Cette circonstance permit aux gouverneurs de se dispenser de la tenue des assises, *conventus*, qui avaient lieu autrefois, à des époques déterminées, dans les diverses villes de la province. Les parties étaient dès lors tenues de se rendre auprès du *præses* pour obtenir justice. Ce déplacement était onéreux pour les justiciables qui habitaient loin de la métropole; mais le nouvel état de choses avait l'avantage de ne plus restreindre l'action de la justice à des époques déterminées [11]. — Une autre modification qui ne laissa pas que d'exercer une grande influence sur la procédure, fut amenée par Dioclétien. Dans le principe, les gouverneurs, comme les magistrats de Rome et des villes libres, s'étaient bornés à la *iurisdictio*, c'est-à-dire qu'ils renvoyaient les parties devant un ou plusieurs juges pour l'examen des faits et le prononcé du jugement. Dans l'époque précédente, cependant, les gouverneurs, d'après l'exemple du prince, avaient déjà commencé à s'écarter de ce mode régulier de procéder et à se charger fréquemment seuls de la procédure entière [12]. Ce mode exceptionnel était devenu de plus en plus fréquent, à tel point que Dioclétien crut convenable d'en faire la règle

[8] Paul, *de abolitionibus* V, 17. – Titt. Th. C., *eodem* 9, 37 ; D., *eodem* 48, 16 ; I. C., *eodem* 9, 42. – Tit. Th. C., *de indulgentiis criminum* 9, 38. – Titt. Th. C., *de sententiam passis et restitutis* 9, 43 ; D., *eodem* 48, 23 ; I. C., *eodem* 9, 51. – Cf. Vopiscus, *Aurelien*, 39. – Sozomène, I, 8. – Eusèbe, *Hist. eccl.*, IX, 8. X, 5.

[9] *A*) Symmaque, VIII, 21. X, 39. – L. 19, Th. C., *de prætor.* 6, 4. – L. 1, I. C., *de off. præt* 1, 39. – L. 18, I. C., *de prædiis minorum* 5, 71. — *B*) *Voy.* ci-dessus, p. 266, notes 7. 8, et Paul, V, 5ª, 1 ; L. 1. Fr. 28, D., *ad municipalem* 50, 1. – Fr. 26, § 1, D., *eodem* ; Fr. 4, D., *de iurisdictione* 2, 1 ; L. 1. 3. Th. C., *de reparationibus appellationum*, 11, 31.

[10] Fr. 2, pr. Fr. 4, § 6. Fr. 5. 7, § 2, D., *de officio proconsulis* 1, 16 ; Fr. 3. 10. 11. 12, D., *de officio præsidis* 1, 18. — L. 1. 3. 5. 6. 9. 11, Th. C., *de officio rectoris* 1, 16. – L. 2, Th. C., *de reparationibus appellationum* 11, 31 et *passim*.

[11] *Voy.* ci-dessus, p. 271, note 14, et Théophile *ad institutiones*, I, 6, 4, combiné avec Gaius, 1, 20. – Pr. I, *de successionibus sublatis*, 3, 12, et Théophile *ad h. l.* – § 8, I., *de interdictis* 4, 14, et Théophile, *ad h. l.* — Cf. L. 6. Th. C., *de off. rect. prov.* 1, 40, et ci-après, § 42, Observation.

[12] *Voy.* ci-dessus, nº 164 *in fine* et nº 170, note 16.

générale, et ordonna, en 294, que dorénavant les *præsides* de la province eussent toujours à juger en entier les procès qui leur seraient soumis. Pour le cas où ils se trouveraient surchargés de besogne ou empêchés par leurs autres occupations publiques, il leur permit cependant, sauf certains cas, de remettre le procès à un juge, lequel alors devait également examiner et juger l'affaire entière [13]. De cette manière tout procès était jugé par un seul et même fonctionnaire, soit le *præses* même, soit un juge délégué par lui. Cette loi, en abolissant l'ancienne séparation du *ius* et du *iudicium,* produisit dans la procédure romaine une révolution complète que nous aurons à apprécier plus tard [14]. Elle fit, de plus, naître une nouvelle classe de fonctionnaires, les *pedanei iudices* ou *arbitri* [15]. Il était naturel, en effet, que les gouverneurs confiassent les affaires dont ils ne se chargeaient pas eux-mêmes à des hommes de leur choix [16], qu'ils prenaient, sans doute, de préférence parmi les membres

[13] L. 2, I. C., *de pedaneis iudicibus* 3, 3. Dioclet. et Maximianus AA. et CC. dicunt : « Placet nobis præsides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suæ examen adhibere : ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem, omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudicis dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudicis licentia eis permissa credatur. Quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non deminuta videantur : dum tamen et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, et de libertinitate, præsides ipsi diiudicent (294). » — Cf. L. 5, I. C., *eodem,* ci-après, note 16.

[14] *Voy.* ci-après, §§ 42 et 48.

[15] On n'est guère d'accord ni sur l'étymologie du mot, ni sur l'origine et la nature de l'institution. Il nous paraît difficile d'admettre que le *iudex pedaneus* soit tout simplement l'ancien *iudex privatus.* Tout semble imprimer à cette création, évidemment récente, un caractère plus officiel, et le terme χαμαιδικαστής, par lequel Lydus, *de magistrat.* III, 8, rend le mot, se traduit fort bien par *juge inférieur, sous-juge.* L. 5, C., *de pedaneis iudicibus,* 3, 3. « Pedaneos iudices, hoc est, qui negotia humiliora disceptant. » Cf. la note suivante. — L. 2, C., *eodem,* ci-dessus, note 13. — L. 27, C., *de procuratoribus* 3, 13. — On trouve les détails les plus complets sur l'institution des *iudices pedanei,* dans l'ouvrage de M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess,* t. III, § 140.

[16] Quelques interprètes ont voulu tirer d'une loi de l'empereur Julien (qui se trouve plus ou moins mutilée comme L. 8, Th. C., *de officio rectoris provinciæ* 1, 16, et L. 5, I. C., *de pedaneis iudicibus,* 3, 3), la conclusion que les *iudices pedanei* avaient été des juges permanents, nommés par le gouverneur, mais ayant en suite de cette nomination une juridiction propre, sans délégation spéciale, pour les affaires de moindre importance. Il suffit de lire le texte de cette loi, tel que nous le connaissons aujourd'hui par une inscription découverte, il y a peu de temps, pour se convaincre que cette conclusion n'est pas fondée. Voici ce texte d'après Haenel, *Corpus legum,* p. 212. « Oboriri solent nonnullæ controversiæ, quæ notione inquirantur et examine iudicis celsioris. Tum autem quædam negotia sunt, in quibus superfluum sit, moderatorem exspectare provinciæ. Quod nobis utrumque pendentibus rectum admodum visum est, ut pedaneos iudices, id est eos qui negotia humilia disceptant, constituendi daremus præsidibus potestatem. Ita enim et sibi partem curarum ipse diminuent et tamen nihilominus quasi isti hoc munus administrabunt, cum illi quos legere administrent. Cuius rei constitu... (le reste est mutilé) ». — Si l'on prend le mot constituendi comme synonyme de dandi, ce qui est tout naturel, et qu'on tienne compte du passage de la L. 2, C., *eodem,* qui recommande aux gouverneurs de retenir certaines affaires par devers eux, la loi de Julien ne fait que confirmer ladite L. 2, C. *citée.*

des curies municipales [17]. Ces nominations tombant le plus souvent sur les mêmes individus, les fonctions de sous-juges devinrent insensiblement une charge permanente, et nous trouvons au sixième siècle des colléges composés de *iudices pedanei*, recevant salaire [18]. — Sauf les affaires réservées aux magistrats des villes, toute affaire civile devait donc régulièrement être portée devant le gouverneur de la province, qui la jugeait en personne ou en déléguait la connaissance à un *iudex pedaneus*. Dans ce dernier cas, les parties pouvaient de la sentence du sous-juge appeler au gouverneur qui l'avait délégué, comme il y avait également auprès du gouverneur appel des décisions rendues par les magistrats municipaux et les défenseurs des cités [19]. Les sentences émanées des gouverneurs, soit directement, soit en appel, pouvaient être soumises à la censure des fonctionnaires supérieurs [20] et en dernier lieu à l'empereur, qui, depuis Théodose II, ne statuait plus en personne, mais renvoyait l'appel à une commission composée du préfet du prétoire et du questeur du palais [21]. Les arrêts des préfets du prétoire n'étaient point sujets à appel; les parties qui croyaient avoir à s'en plaindre n'avaient que la *licentia supplicandi* auprès du prince [22]. Dans ce cas, la requête était renvoyée au préfet qui devait procéder à une révision de sa sentence, conjointement avec le *quæstor sacri palatii* [23].

224 †. Il nous reste à dire quelques mots de deux catégories de personnes qui concourent, au moins indirectement, à l'administration de la justice : nous entendons parler des *advocati* ou *causidici* et des *tabelliones*,

[17] Mais on a tort de confondre les duumvirs et autres magistrats municipaux avec les *iudices pedanei*. Une loi de Valentinien Ier et Valens distingue nettement ces deux catégories de juges. L. 2, Th. C., *de reparationibus appellationum* 11, 31. « Quoties vero a *magistratibus pedaneisque iudicibus* dicta sententia appellatione suspenditur, super qua disceptatio non auditorii sacri, sed *ordinariorum iudicum* cognitione tractandum est... »

[18] Lydus, *de magistratibus*, III, 65. — L. 6, pr. C., *de advocatis diversorum iudicum* 2, 8. — L. 27, C., *de procuratoribus* 2, 13. — *Nov.* 82, c. 3 sqq.

[19] L. 1. 3, Th. C., *de reparationibus appellationum* 11, 31. — *Nov.* 82, c. 3 sqq. — *Nov.* 15, c. 5.

[20] Régulièrement aux vicaires des diocèses, mais aussi, suivant la condition des provinces, à des gouverneurs supérieurs, portant d'autres noms, voire même au préfet du prétoire. L. 16, Th. C., *de appellat.* 11, 30. — *Nov. Iust.* 20, pr. c. 5; 23, c. 3. — L. 3, 62, Th. C., *de appellat.* 11, 30. — L. 4, I. C., *de iurisdict.* 2, 3. — L. 27. 67, Th. C., *de appellat.* 11, 30. — L. 4, Th. C., *de off. præf. præt.* 1, 5 et *passim*.

[21] L. 32, pr. I. C., *de appellat.* 7, 62. — *Nov.* 126. — Lydus, *de magistratibus*, II, 15. 16.

[22] Fr. 1, § 1, D., *de officio præfecti prætorio* 1, 11. — Fr. 17, D., *de minoribus* 4, 4. — (L. 16, Th. C., *de appellationibus* 11, 30) L. 19, I. C., *eodem* 7, 62. — L. 1, I. C., *de sententiis præfectorum prætorio* 7, 42.

[23] Telles sont du moins les dispositions de la législation de Justinien. L. 35, C., *de appellationibus* 7, 62 (cette loi est restituée). — L. 5, § 5, C., *de temporibus appellationum* 7, 63. — L. un., C., *ne liceat tertio provocare* 7, 70. — *Nov.* 82, c. 12; 115, c. 1; 119, c. 5. — Pour le droit antéjustinien, L. 5, I. C., *de precibus imperatori offerendis* 1, 19. — *Nov. Theod.* XIII (L. un., C., *de sententiis præfectorum prætorio* 7, 42).

† Nous avons cru ne pouvoir faire mieux que de donner ici un abrégé des §§ 143 et 144 du

que nous avons déjà eu l'occasion de signaler, comme ayant remplacé, vers la fin de l'époque précédente, les *iurisconsulti* [24], moins la science, la dignité, l'indépendance [25].

Dans notre époque, la profession d'avocat constitue une *militia* [26] : chaque siége judiciaire avait un nombre déterminé d'avocats [27], inscrits sur un tableau (*statuti*) [28], formant une corporation avec grades hiérarchiques et jouissant de certaines immunités [29]. Pour être reçu avocat, il fallait exhiber des certificats d'études juridiques, faites avec fruit [30] ; l'inscription au tableau ne se faisait qu'après un stage préalable et suivant la date de la réception, sauf un droit de préférence pour les fils d'avocats inscrits [31]. On prenait rang dans l'ordre du jour de l'inscription, en avançant d'après l'ancienneté aux divers grades [32], jusqu'au grade le plus élevé, celui de *primas* [33]. La dignité de *primas* donnait de grands avantages : elle conférait de droit pendant deux ans les fonctions honorées et lucratives d'avocat du fisc [34], avec l'expectative du rang de *clarissimus* et même de *spectalibis* [35], et attribuait divers priviléges et immunités [36]

tome III de l'ouvrage déjà mentionné de M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, tout en suivant, pour les avocats, l'ordre du décret de Napoléon Ier du 14 décembre 1810. — Le code de Justinien contient sur les avocats deux titres, portant des inscriptions presque identiques : le premier, *de advocatis diversorum iudiciorum* 2, 7 ; le second, *de advocatis diversorum iudicum* 2, 8.

[24] *Voy.* ci-dessus, 299, note 64.

[25] Cf. ci-après, notes 48. 49, et n° 255 note, 3.

[26] L. 1, Th. C., *de defensoribus civitatum* 1, 29. – L. 14, I. C., *h. t.* 2, 7.

[27] Ce nombre varie de trente, que nous trouvons attachés au siége d'un *præses* (L. 5, pr. I. C., *h. t.* 2, 8) à cent cinquante attachés à la préfecture du prétoire. L. 8, I. C., *h. t.* 2, 7. – L. 17, pr. I. C., *h. t.* 2, 8 et *passim*.

[28] L. 2, Th. C., *de postulando* 2, 10. – Orelli, *inscr.*, n° 2352.

[29] *A*) L. un., I. C., *de incertis personis* 6, 4. Cette constitution ne nous est connue que par des renseignements indirects. Cf. ci-après, t. III, § 383, C. — *B*) L. 152, Th. C., *de decurionibus* 12, 1. – *Nov. Theod.* X, 1. 4. – L. 3. 6, I. C., *h. t.* 2, 7. – L. 7, § 6, I. C., *h. t.* 2, 8. – L. 3, I. C., *de discussoribus* 10, 30.

[30] L. 11, § 1, I. C., *h. t.* 2, 7. – L. 3, § 4. L. 5, § 4, I. C., *h. t.* 2, 8. — Depuis Léon et Anthime, la profession n'est accessible qu'aux catholiques. L. 15, I. C., *de episcopali audientia* 2, 4 (L. 8, C., *de postulando* 2, 6), tandis qu'auparavant on admettait les juifs. L. 24, Th. C., *de Iudæis* 16, 8.

[31] L. 11, § 1. L. 13, I. C., *h. t.* 2, 7. – L. 3, § 5. L. 5, § 5, I. C., *h. t.* 2, 8.

[32] L. 7, § 1. L. 8, I. C., *h. t.* 2, 8.

[33] La L. 7, § 3, I. C., *h. t.* 2, 8 parle de vingt *primates*, tandis que les L. 10. 15, C., *h. t.* 2, 7 font supposer un nombre moins considérable, et que la L. 3, pr. C., *h. t.* 2, 8, ne semble même admettre qu'un seul *primas fori comitis Orientis*.

[34] L. 10. 12. 13. 15. 16. 17, I. C., *h. t.* 2, 7. – L. 2. 3. 4. 5, § 1, I. C., *h. t.* 2, 8. — Nous trouvons, comme traitement de ces fonctions, 60 livres d'or et 600 *aurei* par an (L. 6, pr. L. 7, § 4, I. C., *h. t.* 2, 8), acquis aux héritiers par anticipation. L. 15, § 1, C., *h. t.* 2, 7. – L. 3, § 6. L. 5, § 6, I. C., *h. t.*, 2, 8.

[35] *Spectabiles* pour les avocats des *præfecturæ prætorio* et *urbi* (*Nov. Valentin.*, II, 2, 2. – L. 4, § 1, I. C., *h. t.* 2, 8) ; *clarissimi* pour les autres.

[36] *Nov. Theod.* X, 1, pr. – L. 8. 17, pr. I. C., *h. t.* 2, 7. – L. 2. 3, § 2. 6. L. 5, § 6, I. C., *h. t* 2, 8 et *passim*.

dont la jouissance était également accordée aux membres de l'ordre qui viennent immédiatement après les *primates*[57]. La profession d'avocat était incompatible avec les fonctions de juge et d'assesseur, avec les emplois subalternes et en général avec toute condition sociale inférieure[38]. — L'autorité judiciaire à laquelle l'avocat est attaché a sur lui un pouvoir disciplinaire[39] qui permet de lui infliger des amendes, de l'interdire pendant un temps déterminé, même de l'exclure ou rayer du tableau[40]. — L'avocat est libre de prêter ou de refuser son ministère; cependant si une partie ne trouve point de défenseur, le juge peut lui désigner d'office un avocat, s'il y a lieu[41]. Depuis Alexandre Sévère il est permis aux avocats de poursuivre en justice le payement de leurs honoraires au moyen d'une *extraordinaria cognitio*[42], pourvu qu'ils n'excèdent pas les bornes d'une juste modération[43]. Nous avons déjà mentionné le tarif de Dioclétien[44]; ajoutons que la législation de Justinien a maintenu la disposition d'un sénatus-consulte du règne de Claude qui fixe comme *maximum* pour une cause le chiffre de dix mille sesterces ou cent écus d'or, *aurei*[45]. Les honoraires gagnés par l'avocat, fils de famille, lui appartiennent en propre, comme pécule quasi castrans[46].

Rédiger les actes qui ont pour objet de constater les transactions de la vie civile avait été toujours une occupation importante des anciens *prudentes*[47]. Quand la célèbre ordonnance de Caracalla eut étendu le

[57] Aux soixante-quatre qui suivent dans le tableau de la préfecture du prétoire; à quinze ou trente dans celui du préfet de la ville. *Nov. Theod.* X, 1. pr. – L. 10. 15. 16, I. C., *h. t.* 2, 7. – L. 7, pr. I. C., *h. t.* 2, 8.

[38] *A*) L. 6, pr. I. C., *de postulando* 2, 6, et ci-dessus, p. 314, note 47. — *B*) L. 30, Th. C., *de cohortalibus* 8, 4.–L. 11, § 1, I. C., *h. t.* 2, 7.–L. 17, pr. I. C., *eodem* « ..... sine ulla cohortalis aut cuiuslibet deterioris condicionis quæstione... »

[39] Symmaque, *epist.*, X, 43. – L. 18, I. C., *h. t.* 2, 7 (constitution restituée). – L. 5, § 6, I. C., *h. t.* 2, 8.

[40] L. 9, Th. C., *de iurisdictione* 2, 1.–L. 4. Th. C., *de postulando* 2, 10.–*Nov. Valent.* XXXIV, § 2. – L. 14, § 2, I. C., *de adsessoribus* 1, 51. – L. 5. 7, I. C., *de postulando* 2, 6. – L. 18, I. C., *h. t.* 2, 7, cite à la note précédente. – L. 13, § 9, I. C., *de iudiciis* 3, 1. – L. 12, I. C., *de exceptionibus* 8, 36.

[41] L. 7, § 2. L. 9, I. C., *h. t.* 2, 8. Cf. Cic., *de oratore*, II, 69. — La L. 7, C., *de postulando* 2, 6, ordonne même au juge de veiller à ce que l'une des deux parties n'accapare pas les meilleurs avocats : « in iudicantis officio sit, ut par causidicorum distributio fiat, et exæquetur partibus auxilium singulorûm, et æqua divisio procedat ».

[42] Fr. 1, § 10. 11. D., *de extraord. cognit.* 50, 13. – Cf. L. 13, § 9, I. C., *de iudiciis* 3, 1.

[43] L. 2, Th. C., *de concussionibus advocatorum* 8, 10) L. 2, I. C., *de lucris advocatorum* 12, 62. La nature particulière de l'action permettait au juge de modérer toujours la demande. Fr. 1, § 10. 11. D., *cité*, et ci-après, t. II, § 220 *in fine*, où l'on trouvera plus de détails sur les honoraires des avocats romains.

[44] Deux cent cinquante *denarii* pour une *postulatio;* mille pour une *cognitio.* Ci-dessus, p. 302, note 89.

[45] Fr. 1, § 12, D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13. Cf. ci-dessus, p. 302, note 89.

[46] *Voy.* ci-après, t. III, § 330.

[47] *Voy.* ci-dessus, nº 135.

droit des Quirites à de vastes provinces où il n'y avait guère ou point de jurisconsultes, on dut éprouver un embarras sérieux [48]. Faute de mieux, les masses eurent recours aux personnes qui, installées dans les marchés, faisaient métier de faire des écritures pour le public, ἀγοραῖοι. Ces écrivains, qu'on commença alors à appeller *pragmatici* ou *tabelliones* (de *tabula*, synonyme de *documentum*, *instrumentum*) [49], n'avaient aucun caractère officiel; mais quand l'institution se fut développée davantage, l'autorité publique les soumit à une certaine surveillance et à une action disciplinaire, analogue à celle que nous avons constatée pour les avocats [50]. Dès lors, comme l'usage avait insensiblement consacré des formalités garantissant la sincérité des actes passés par les tabellions, particulièrement l'assistance d'un certain nombre de témoins [51], on finit par considérer ces actes comme des *instrumenta publica* ou *publice confecta* [52], faisant pleine foi des déclarations qu'ils renfermaient [53], pourvu qu'en cas de contestation le tabellion en affirmât la réalité sous serment [54]. Aussi Justinien jugea-t-il convenable de déterminer d'une manière précise les conditions nécessaires pour les *instrumenta forensia* [55]. Cependant la profession de *tabellio* n'était toujours point considérée comme une des plus

48 *Voy.* ci-dessus, n° 157 et n° 195, note 64.

49 Le mot se rencontre pour la première fois chez Ulpien, Fr. 9, § 4, D., *de pœnis* 48, 19. — Capitolinus, *Macrin*, 4, nous apprend que l'empereur Macrin a été *tabellio*. Enfin, nous trouvons les *tabelliones* dans le tarif de Dioclétien, VII, 4 (cf. ci-dessus, p. 302, note 89). Dans notre époque le mot est d'un usage fréquent.

50 Fr. 9, § 4-6, D., *de pœnis* 48, 19. — Au sixième siècle, les tabellions de Ravenne forment une corporation avec un préposé, appelé *primicerius*. Marini, I *papiri diplomatichi*, n° 110. — De Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. 1, § 106.

51 On mentionne régulièrement trois témoins, nombre que Justinien porte à cinq quand les parties ne savent ou ne peuvent écrire. *Nov.* 73, c. 1. 5. 8.

52 *Nov.* 73, c. 5. 7, pr. — Cf. L. 20, C., *de fide instrumentorum* 4, 21. — L. 23, C., *ad Sc. Velleianum* 4, 29. — L. 13, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51. — L. 11, C., *qui potiores.* 8, 18.

53 C'est pourquoi un droit fondé sur un acte public et ayant date certaine peut l'emporter sur des droits qui n'ont pas le même caractère. L. 11, C., *qui potiores in pignore habeantur* 8, 18, et ci-après, § 162 *in fine.*

54 (L. 1, Th. C., *ad legem Corn. de falsis* 9, 19) L. 21, I. C., *eodem* 9, 22. — L. 16, I. C., *de fide instr.* 4, 21, loi restituée. — *Nov.* 44, Pr. c. 1; 73, c. 7.

55 L. 17, C., *de fide instr.* 4, 21 (cf. Pr. I, *de emtione* 3, 23, et L. 15, C., *de contrahenda emtione* 4, 38). — *Nov.* 44. 73, c. 1. 5. 8. — Ces conditions peuvent se résumer comme suit : *A*) On exige la présence de trois ou cinq témoins. Ci-dessus, note 81. *B*) L'acte, rédigé par le tabellion en minute, *scheda*, et ensuite mis au net, *mundum*, doit être signé par les parties et par les témoins (si une personne ne sait écrire, un *tabularius* doit signer pour elle) et recevoir pour complément la signature du tabellion. Ces formalités sont indispensables pour que l'*instrumentum* soit *completum et absolutum.* *C*) Pour prévenir les faux, Justinien veut qu'au moins dans sa résidence de Constantinople, toute expédition au net, *mundum*, soit écrit sur un rouleau de papyrus, ayant, collée sur la première page, une étiquette ou timbre (*protocollum* de πρῶτος et κόλλειν, coller), muni d'une inscription qui porte la signature du *comes largitionum*, l'année de la fabrication du papier et d'autres indications. L'acte dépourvu de *protocollum* est nul, soit qu'il ait été écrit originairement sur papier non timbré, soit qu'on ait détaché plus tard le timbre adhésif. *Nov.* 43, c. 2.

honorables [56] et Justinien signale, dans une de ses novelles, comme très-fréquentes, des irrégularités qui ne font pas honneur à ceux qui l'exerçaient de son temps [57]. — Il ne faut pas confondre les tabellions avec les *tabularii*. On donne ce nom aux employés, chargés de la comptabilité dans les administrations provinciales et municipales [58]. Ces derniers, les *tabularii* des villes, avaient également la garde des archives communales [59] et c'est à cause de cette branche de leurs fonctions, qu'ils avaient qualité d'intervenir dans divers actes afin de leur imprimer un caractère d'authenticité. Dans certains actes, leur intervention était même exigée [60]. — Après Justinien on confondit, dans le langage vulgaire et même dans le langage légal, les termes *tabellio*, *tabularius* et *notarius*, et ce dernier, qui originairement avait eu une tout autre signification [61], finit par l'emporter dans les royaumes romano-germaniques.

225. Malgré la tendance du gouvernement impérial à introduire la plus grande homogénéité dans toutes les branches de l'administration, les règles sur la compétence étaient cependant loin d'être uniformes. Ce serait un travail fastidieux et peu instructif que d'indiquer les nombreux priviléges et exceptions que la législation impériale consacre sous ce rapport. Nous nous bornerons à mentionner la juridiction administrative qui est attribuée aux fonctionnaires du fisc [62], et la juridiction exceptionnelle dont jouissent les militaires et les membres du clergé. — Les soldats étaient soumis à la juridiction de leurs chefs en matière criminelle, non-seulement pour les faits contraires à la discipline militaire, mais encore pour les délits de droit commun [63]; en matière civile, les chefs militaires étaient compétents, quand le défendeur faisait partie de l'armée [64].

56 Il était défendu aux décurions d'exercer la profession de tabellion. L. 3, Th. C., *de decurionibus* 12, 1 (L. 15, I. C., *eodem* 10, 31). – (L. 1, Th. C., *ad legem Corn. de falsis* 9, 19) L. 21, I. C., *eodem* 9, 22.

57 *Voy. Novella Iustiniani* 43.

58 *A*) Amm. Marc., XVIII, I. – L. 9. 12, Th. C., *de numerariis* 8, 1 (L. 4, I. C., *eodem* 12, 50). – L. 5, Th. C., *de tabulariis* 8, 2 (L. 3, I. C., *eodem* 10, 69). – L. 5, § 1, Th. C., *de iis, quæ administrantibus distracta sunt* 8, 15, et ci-après, n° 227, note 20. — *B*) *Voy.* ci-dessus, p. 324, note 27.

59 Capitol., *Marcus*, 9. – Fr. 3, § 3, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5.

60 Entre autres, dans l'adrogation des impubères, dans le testament des aveugles, dans les inventaires après décès. Cf. ci-après, t. III, §§ 328. 381, note 1 et § 402. Cf. ci-dessus, note 55, B.

61 *Voy.* ci-dessus, page 313, note 37.

62 Savoir aux *rationales sacrarum largitionum* et *rei privatæ*, sauf appel à l'empereur et à ses délégués, parmi lesquels figurent régulièrement les *comites sacrarum largitionum* et *rei privatæ*. Tit. I. C., *ubi causæ fiscales agantur* 3, 26. — Pour les détails, *voy.* M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, t. III, § 135, notes 56 sqq., et § 150, notes 12-20.

63 Zosime, II, 33. – L. 2, Th. C., *de iurisdictione* 2, 1.

64 *Nov. Theod.* 4. – *Nov. Marciani*, I, § 5 seq. – L. 18, pr. I. C., *de re militari* 12, 36. – *Sanctio pragm. pro petitione Vigilii*, c. 23. – Cf. Fr. 7, D., *de iudiciis* 5, 1. — Pour les détails, *voy.* M. Bethmann-Hollweg, *l. l.*, § 135, notes 29 et suivantes.

— Les évêques ont sur leurs ouailles un pouvoir disciplinaire dont l'État ne s'occupe pas, mais ils n'ont aucune juridiction criminelle. Quant aux contestations civiles, les premiers chrétiens avaient eu l'habitude de les soumettre à des arbitres choisis parmi leurs coreligionnaires, de préférence aux anciens (*presbyteri*) et aux évêques. Cet usage, consacré par des ordonnances impériales, donna naissance à une institution nouvelle, connue sous le nom de *episcopalis audientia* [65]. Les lois impériales, en effet, attribuent aux évêques une juridiction illimitée en matière civile, juridiction qui cependant était d'abord purement facultative pour les parties [66] et ne constituait, au fond, que ce que nous appelons aujourd'hui un arbitrage volontaire [67]. Justinien modifia cet état de choses, en statuant qu'il ne serait plus permis d'attraire un clerc devant les juges civils [68] et en attribuant même aux évêques une certaine part dans le jugement des affaires civiles ordinaires [69].

Des finances.

226. Le trésor public comprend sous la dénomination de *fiscus* la caisse de l'État, *ærarium sacrum*, et celle de la couronne, *ærarium privatum* [1].

Le trésor de la couronne est administré par le *comes rei privatæ* ou *comes privatarum largitionum*, aidé de *rationales* et *procuratores principis* [2].

65 Titt. Th. C., *de episcopali definitione* 1, 27; I. C., *de episcopali audientia* 1, 4.— *Voy.* également, pour les détails, M. Betumann-Hollweg, *l. l.*, § 139.

66 Il est vrai qu'une loi de Constantin (331), qui forme la première constitution de la collection de Sirmond (ci-après, nº 239, note 15), contient une phrase qui donne à la juridiction épiscopale le caractère d'un arbitrage forcé. Mais cette phrase est suspecte. C'est en vain que pour la sauver, M. Haenel (qui a fort bien démontré l'authenticité des constitutions de Sirmond en général), invoque la L. 7, I. C., *h. t.* 1, 4, et la *Nov. Valentin.* XXXIV, 1, pr., à l'effet d'établir qu'avant Arcadius et Valentinien III les évêques exerçaient légalement une juridiction forcée et que les ordonnances des deux empereurs avaient pour but d'abolir cet état de choses. Il est beaucoup plus probable qu'en présence de tentatives d'usurpation de la part des évêques, Arcadius avait jugé utile d'affirmer, dans la L. 7 *citée*, le principe de l'arbitrage volontaire, et que la Novelle de Valentinien a eu pour but de mettre définitivement fin à un abus qui s'était continué, malgré l'ordonnance trop peu énergique d'Arcadius.

67 *Nov. Valentin.* XXXIV, 1, pr. – L. 25, I. C., *de episcopis* 1, 3. – L. 7, I. C., *h. t.* 1, 4. – (L. ult. Th. C., *h. t.* 1, 27) L. 8, I. C., *eodem*. Cf. L. 1. 4. 5, I. C., *de receptis arbitris* 2, 56. – L. 13. 29, § 4, I. C., *h. t.* 1, 4.

68 *Nov.* 79. 83. 123, c. 8. 21. 22. 23.

69 *Nov.* 86. Cf. ci-dessus, p. 314, note 49, où nous avons déjà parlé des dispositions exorbitantes de cette constitution de Justinien.

1 L. 1, Th. C., *qui a præbitione*. 11, 18. « ... Comites *sacri* ac *privati* ærarii illustres... » – *Nov. Maioriani*, tit. VII, *de curialibus*, § 16 « ... canonem... sacris vel privatis largitionibus inferendum... » — Outre ces deux caisses centrales de l'empire, nous trouvons aussi des caisses particulières pour les quatre préfectures, *arca præfecturæ* (*voy.* ci-après, notes 4 et 24); mais il n'y a aucune trace de pareilles caisses pour les diocèses et les provinces.

2 Titt. Th. C., *de officio comitis rerum privatarum* 1, 11; I. C., *eodem* 1, 33. Cf. L. 3,

Il comprend les domaines de la couronne et les biens propres de l'empereur et de la famille impériale [3]; il reçoit, en outre, une partie de l'impôt foncier [4], les amendes prononcées à charge des particuliers et les biens confisqués et vacants [5].

La haute administration de la caisse de l'État est confiée au *comes sacrarum largitionum*. Dans les diocèses se trouvent, sous ses ordres, des *comites largitionum*, assistés d'un grand nombre de fonctionnaires moins élevés qui, sous les noms de *comites, rationales, procuratores, præfecti, magistri, præpositi*, dirigent les sous-divisions territoriales et les diverses branches de l'administration [6].

Malgré les renseignements aussi nombreux que détaillés que la législation nous fournit, des éléments très-essentiels de l'organisation financière de l'empire sont encore obscurs pour nous. Nous essayerons d'esquisser un rapide tableau aussi exact que possible de cette organisation [7].

227. Parmi les contributions directes figure en première ligne l'impôt foncier en numéraire [8], qui grève, depuis Dioclétien, l'empire entier [9], sauf les villes qui en sont nommément exemptées [10]. D'après les déclarations des

Th. C., *de incorporatione* 10, 19.—*Notitia dignit. Or.*, c. 13; *Occ.*, c. 11.—Cassiodore, *Variæ* VI, 8. — Serrigny, *Droit public*, t. I, nos 108-116.

3 *Fundi patrimoniales; prædia rei dominicæ s. domus augustæ. — Fundi rei privatæ.* La distinction établie par ces termes existe réellement (J. Godefroi *ad* Th. C. X, 3); mais elle n'avait guère d'importance pratique, puisqu'il dépendait du bon plaisir de l'empereur de la maintenir ou de l'abolir.

4 *Nov. Maior.* VII, § 16 « ... omnem canonem, tam ad arcam præfecturæ pertinentem, quam sacris vel privatis largitionibus inferendum.... »

5 J. Godefroi, *Paratitla ad* Th. C., IX, 8. 9. 42.

6 Tit. Th. C., *de off. com. s. largit.* 1, 10; I. C., *eodem* 1, 32. — *Notitia dignit. Or.*, c. 12; *Occ.*, c. 10. — Cassiodore, *Variæ*, VI, 7. — Serrigny, t. I, nos 98-107.

7 Nous renvoyons, pour les détails, aux ouvrages que nous avons cités ci dessus, p. 257, note 5.

8 M. Walter, dans son *Histoire du droit romain*, considère cette contribution comme un impôt sur la fortune, l'ancien *tributum ex censu* étendu à l'empire. Malgré la manière ingénieuse dont cette opinion est défendue *l. l.*, nos 325. 326. 406, nous ne pouvons nous ranger de cet avis. 1° N'ayant pu admettre le rétablissement du *tributum* vers la fin de la république (ci-dessus, p. 258, note 7), nous ne pouvons admettre qu'il ait été étendu aux provinces, et aucun témoignage n'établit la création d'un pareil impôt. 2° Nous ne trouvons nulle part que les contribuables aient été tenus de déclarer leurs valeurs mobilières. Les esclaves dont il est question au Fr. 4, § 5, D., *de censibus* 50, 15, sont des esclaves attachés au fonds. 3° Dans le système de M. Walter, il aurait dû y avoir pour chaque contribuable un domicile fiscal unique ou au moins central, tandis que la déclaration et le payement de l'impôt se faisaient séparément pour chaque immeuble dans le lieu de la situation. Fr. 4, § 2, D., *de censibus* 50, 15. « Is vero, qui agrum in alia civitate habet, in ea civitate profiteri debet, in qua ager est. Agri enim tributum in eam civitatem debet levare, in cuius territorio possidetur. »

9 L'Égypte paraît avoir fait exception. D'après Orose, 1, 8, cette province fournissait, au commencement du cinquième siècle, un cinquième de sa production en céréales : il semble impossible qu'en dehors de cette charge, elle ait encore été grevée de l'impôt foncier ordinaire.

10 Parmi ces villes se trouvent les *civitates iuris Italici*. L'Italie elle-même est soumise à l'impôt foncier. *Voy.* ci-dessus, n° 168, et L. 2. 3. 4. 7. 12, Th. C., *de indulgentiis debitorum* 11, 28.

propriétaires [11], actées dans les registres publics [12], il est dressé un cadastre complet que l'on revise à des époques déterminées, probablement tous les quinze ans [13]. On prend comme base de l'impôt une valeur territoriale de mille *solidi*, appelée *iugum* ou *caput* [14]; d'où le nom de l'impôt même, *iugatio* ou *capitatio* [15]. Tous les ans, un édit de l'empereur [16] fixe la somme pour laquelle chaque *caput* doit être imposé, *indictio* ou *delegatio* [17]; s'il y a lieu, il décrète des centimes additionnels, *superindictio* [18]. La répartition se fait sur les ordres des préfets du prétoire, des

[11] Fr. 4, D., *de censibus* 50, 15.–L. 6, Th. C., *de collatione donatarum possessionum* 11, 20.– L. 7, I. C., *de donationibus* 8, 54. – LACTANCE, *de mortibus persecutorum*, 23.

[12] *Libri censuales, polyptycha*. L. 14, Th. C., *de annona* 11, 1. – L. 2, Th. *de discussoribus* 11, 26; L. 13, Th. C., *de indulg. debit.* 11, 28. — Au moyen âge, l'on donna à ces registres, d'après l'unité servant de base à la répartition de l'impôt, *caput*, le nom de *capitastra*, d'où *catastra*, cadastre. J. GODEFROI, *parat. ad* Th. C., XIII, 10.

[13] DE SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, *l. l.*, p. 126. 130.

[14] MILLENA, MILLENI SOLIDI. *Nov. Maioriani*, tit. VII, *de curialibus*, § 16. « ... Binos per iugum vel millenos solidos... Per iuga singula sua singulas millenas. » — *Nov. Theod.* (*Valentin.*) tit. V, *de pantapolis*, § 3. « ... Decernimus, ut a collatione tironum et exsolvendis septem solidis per millenas, nuper indictis, ... habeatur immunis. — EUMENIUS, *gratiarum actio ad Constant:* 11 (5). – AMM. MARCELL. XVI, 5. 14. *Voy.* ci-après, note 18. — Cf. L. 3, Th. C., *de militari veste* 7, 6; L. 1, Th. C., *de imponenda lucrativis descriptione* 12, 4; CASSIODORE, *Variæ* II, 38, où Théodoric ordonne d'accorder aux habitants de Spoletum « supra consuetudinem *aliam millenam* ad exhibitionem thermarum », et SIDOINE APOLL., qui, dans ses *Carmina*, XIII, 19-20, prie l'empereur Majorien de le décharger d'une quotité d'impôts égale à celle que payent trois *capita* : « Hic capita, ut vivam, tu mihi tolle tria. » — La découverte du chiffre de 1,000 solidi, comme constituant le *caput*, c'est-à-dire l'unité cadastrale, est due à M. WALTER, qui la fit connaître dès 1834.

[15] L. 1, Th. C., *ne quid publicæ lætitiæ*. 8, 11.– L. 5, Th. C., *sine censu fundum comparari non posse* 11, 3. – L. 11, Th. C., *de exactionibus* 11, 7. – L. 1, Th. C., *de immunitate concessa* 11, 12. – L. 8, Th. C., *de censu* 13, 10. – L. 9, I. C., *de agricolis* 11, 47. – L. 9, I. C., *emti* 4, 49. – L. 1, I. C., *de colonis Thrac.* 11, 51 « iugatio terrena ». *Voy.* ci-après, note 28. – L. 2, I. C., *de fundis rei privatæ* 11, 65.

[16] L'empereur seul a le droit de faire des *indictiones* et d'accorder des remises d'impôts, *indulgentiæ*. Fr. 10, D., *de publicanis* 39, 4. – Tit. I. C., *vectigalia nova institui non posse* 4, 62 et *passim*. *Voy.* aussi les deux notes suivantes. — Pour les remises d'impôts, *voy.* tit. Th. C., *de indulgentiis debitorum* 11, 28.–*Nov. Valent.*, tit. I, *de indulgentiis reliquorum*.–*Nov. Marciani*, tit. II. – *Nov. Maioriani*, tit. II.

[17] Titt. Th. C., *de indictionibus* 11, 5; I. C., *eodem* 10, 17.–L. 8, Th. C., *de extraordinariis muneribus* 11, 16. – L. 13, I. C., *de annonis* 10, 16 et *passim*. — Le mot *indictio* sert aussi à désigner l'année financière, qui commence le 1er septembre. L. 4, Th. C., *de indict.* 11, 5. – L. 2, I. C., *eodem*.– L. 13, I. C., *de annonis* 10, 16.– *Nov.* 128, c. 1. — Il nous est impossible de nous faire une idée du taux relatif de l'impôt foncier. EUMENIUS, *gratiarum actio ad Constantin.* 11 (5), nous apprend que le territoire des Éduens comprenait 32,000 *capita* que Constantin réduisit à 25,000, et nous savons par AMM. MARCELL., XVI, 5, 14, que Julien réduisit l'*indictio* dans les Gaules de vingt-cinq *solidi* à sept. Ce dernier renseignement montre bien la rapacité de l'administration impériale; mais comme rien ne nous indique le rapport qui existait entre l'évaluation cadastrale et la valeur réelle des terres, nous n'en pouvons tirer aucune conséquence pratique.

[18] Titt. TH. C., *de superindicto* 11, 6; I. C., *eodem* 10, 18. — Le terme *superindictio* qui se trouve dans la *Nov.* 128, c. 7. 8, appartient à un autre ordre d'idées : c'est la traduction du mot grec ἐπιβολή, par lequel on désigne une mesure fiscale confiée aux recteurs des provinces, et qui

vicaires et des recteurs [19] et, sous la direction des notables des communes, par des employés appelés *tabularii* et *logographi* [20] : les rôles, ainsi arrêtés, sont remis à des *exactores* qui reçoivent la contribution et en versent le produit entre les mains des deux *susceptores* de la province [21].

Outre l'impôt foncier, toutes les parties de l'empire [22] devaient des tributs en nature de céréales et autres denrées [23]. Le produit de cette contribution, destiné à un emploi d'intérêt provincial, n'entrait pas dans le trésor de l'empire, mais restait dans la caisse de la préfecture [24]. — On faisait aussi fréquemment des réquisitions de denrées, mais ces prestations, *publica comparatio*, étaient payées par le gouvernement ou entraient en compte pour le payement des autres impôts [25]. — Enfin, nous voyons reparaître l'institution des corvées [26].

228. Les sujets qui ne payaient point de contribution foncière, y compris les esclaves [27], étaient soumis à un impôt personnel, *capitatio humana* ou *plebeia* [28]. Pour assurer la levée de cette capitation, les propriétaires, en faisant la déclaration de leurs terres, devaient indiquer leurs locataires et fermiers, les esclaves qui y habitaient ou y étaient attachés, et les colons [29]. Les renseignements nous manquent sur la manière dont on faisait contribuer les esclaves. Quant aux colons, à

consiste à attribuer des terres abandonnées et la charge de leurs impôts à des propriétaires voisins. *Voy.* ci-après, § 116, nº IX.

[19] L. 13, Th. C., *de officio præf. præt.* 1, 5. – L. 8, Th. C., *de extraord. muner.* 11, 16. – L. 13, I. C., *de annonis* 10, 16. – L. 4, I. C., *de canone largitionalium titulorum* 10, 23. – *Nov.* 128, c. 1.

[20] L. 3, Th. C., *de his quæ administrantibus*. 8, 15. – L. 117, Th. C., *de decurionibus* 12, 1 (L. 40, I. C., *eodem* 10, 31) – Symmaque, *epist.*, IX, 10. – Tit. Th. C., *de tabulariis* 8, 2. – L. 8, § 1, Th. C., *de cohortalibus* 8, 4. – L. 1, Th. C., *de censu* 13, 10.

[21] L. 30, Th. C., *de susceptoribus* 12, 6.

[22] Y compris l'Italie entière. L. 3, Th. C., *tributa in ipsis speciebus inferri* 11, 2. – L. 14, Th. C., *de indulgentiis debitorum* 11, 28.

[23] L. 7, Th. C., *de tironibus* 7, 13. – L. 15, Th. C., *de annona* 11, 1. – L. 2, Th. C., *de immunitate concessa*. – *Nov.* 17, c. 8. – *Nov.* 128, c. 1. 2. – Cassiodore, XII, 22.

[24] L. 16. 17, Th. C., *de indulg. debit.* 11, 28. – L. 6, I. C., *de exactoribus* 10, 19. – *Nov.* 128, c. 1. Cf. ci-dessus, note 4.

[25] Titt. Th. C., *de publica comparatione* 11, 15; I. C., *eodem* 10, 27. – L. 29, Th. C., *de annona* 11, 1. – L. 1, Th. C., *de indict.* 11, 5. – *Nov.* 130, c. 13.

[26] L. 10. 15. 18, Th. C., *de extraordinariis sive sordidis muneribus* 11, 16. – Tit. Th. C., *de itinere muniendo* 15, 3. – L. 2, I. C., *de immunitate nemini concedenda* 10, 25. — Déjà Dioclétien avait exigé des corvées avec une rigueur extrême. Lactance, *de mortibus persecutorum*, 7.

[27] *Voy.* les passages cités ci-dessus, note 12, et L. 4, Th. C., *de excusationibus artificum* 13, 4.

[28] L. 36, Th. C., *de decurionibus* 12, 1. – L. 4, Th. C., *de censu* 13, 10. – L. 1, I. C., *de colonis Thrac.* 11, 51. « Per universam diocesim Thraciarum sublato in perpetuum *humanæ capitationis* nexu, *iugatio* tantum *terrena* solvatur... »

[29] *Voy.* les passages cités ci-dessus, notes 12 et 27, ainsi que L. 3, Th. C., *de re militari* 7, 1. (L. 10, I. C., *eodem* 2, 36). – L. 14. 26, Th. C., *de annona* 11, 1. – L. 2, Th. C., *sine censu*. 11, 3. – L. 7, I. C., *de agricolis* 11, 47.

moins qu'ils n'eussent une terre à eux [30], ils étaient soumis à la capitation humaine, mais c'était au maître de la payer, sauf à se faire rembourser par eux [31]. — Malgré le caractère général de cette contribution personnelle, les empereurs en libéraient fréquemment, soit des catégories de personnes, soit des provinces entières [32]. Il paraît même que, tout au moins en Orient, la plèbe des villes, *plebs urbana,* en était exemptée [33].

229. Le système des contributions indirectes subit des changements importants [34]. L'impôt sur les affranchissements, *vicesima manumissionum,* n'est plus mentionné; l'impôt sur les femmes publiques disparaît sous le règne de Théodose II [35]. Anastase abolit également le droit de patente, *lustralis collatio, chrysargyrum, auraria functio* [36]. Enfin Justinien renonça à l'impôt sur les hérédités, *vicesima hereditatum,* et aux *caduca* [37]. Mais on maintint le *vectigal rerum venalium,* qui fut même aggravé par Théodose II [38]. Nous trouvons, en outre, des impôts particuliers à charge des sénateurs [39]; et les offrandes obligatoires, qui se faisaient sous le nom de *aurum coronarium* [40] et à titre d'étrennes, *strena* [41], constituent des charges très-lourdes pour les provinces, les villes et les particuliers.

Il est probable que le mode d'imposition, de répartition et de recouvrement que nous avons indiqué ci-dessus en parlant de la *capitatio terrena,* était également suivi à l'égard des autres contributions directement perçues par l'État.

30 L. 14, Th. C., *de annona* 11, 1. (L. 4, I. C., *de agricolis* 11, 47). « Sane quibus terrarum erit quantulacumque possessio... »

31 *Voy.* la constitution citée à la note précédente et L. 26, Th. C., *de annona* 11, 1. – L. 8, 23, pr. I. C., *de agricolis* 11, 47. Cf. L. 1, Th. C., *de fugitivis colonis* 5, 9.

32 *A*) Fr. 18, § 29, D., *de muneribus* 50, 4; L. 6. 7, Th. C., *de tironibus* 7, 13; L. 4, Th. C., *de veteranis* 7, 20. – Fr. 3, D., *de censibus* 50, 15. – L. 4. 6, Th. C., *de censu* 13, 10. – L. 4, Th. C., *de excusat. artif.* 13, 4. — *B*) L. 1, I. C., *de colonis Thracensibus* 11, 51, ci-dessus, note 28. – L. 1, I. C., *de colonis Illyr.* 11, 52.

33 L. 2, Th. C., *de censu* 13, 10 (L. 1, I. C., *de capitatione civium censibus eximenda* 11, 48). Cf. L. 1, I. C., *ne rusticani.* 11, 54.

34 *Voy.* ci-dessus, n° 161.

35 *Nov. Theod.* XVIII, *de tironibus.*–J. Godefroi *ad L.* 1, *Th. C., XIII,* 1.

36 Evagrius, *hist. eccl.*, III, 39. – Zonaras, XIV, 3. – Tit. I. C., *de naviculariis et de tollenda lustralis auri collatione* 11, 1.

37 L. 3, I. C., *de edicto D. Hadriani tollendo* 6, 33. – Tit. I. C., *de caducis tollendis* 6, 51.

38 Fr. 17, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16. – L. 4, I. C., *de proximis s. scriniorum* 11, 19. – L. 1, I. C., *de veteranis* 12, 47. – *Nov. Theod.*, tit. XXVII (26).

39 *Voy.* ci-dessus, n° 203, note 5.

40 L'usage d'offrir aux *prætores* des couronnes d'or existait déjà du temps de la république. Festus, v. *Triumphales.* – Cic., *in Rullum* I, 4. II, 22; *in Pisonem* 37. – Tite-Live, XXXVIII, 37. XXXIX, 8. — Il se maintint sous l'empire et finit par devenir obligatoire. Spartianus, *Adriaen,* 6. – Capitol., *Pius,* 4. – Titt. Th. C., *de auro coronario* 12, 13; I. C., *eodem* 10, 74.

41 Observation analogue à celle de la note précédente. Suétone, *Octave,* 57; *Tibère,* 34; *Caligula,* 42 et *passim.* – Symmaque, *epist.*, X, 26, 28. – Titt. Th. C., *de oblatione votorum* 7, 23; I. C., *eodem* 12, 49).

Les droits de douane, de port et de péage continuent de subsister et d'être affermés aux publicains [42].

Les mines et carrières fournissaient un revenu important, dont l'administration était confiée au *comes metallorum,* sous les ordres du *comes sacrarum largitionum* et agissant par des *procuratores metallorum* [43]. L'État avait des mines à lui, surtout des mines d'or, qu'il exploitait par des esclaves et par des criminels condamnés, et aussi par des travailleurs libres [44]. Mais l'industrie minière ne constituait point un monopole : les particuliers pouvaient l'exercer librement, moyennant une redevance à payer à l'État [45], soit sur leurs propres terres [46], soit sous le sol d'autrui, à charge d'acquitter une dîme au propriétaire de la superficie [47]. Dans ce dernier cas, il fallait une autorisation qui devait être refusée si l'exploitation était susceptible de menacer la sûreté des édifices [48]. — L'État conserve le monopole du sel [49]. Il se procure le sel, soit en exploitant ses salines [50], soit en les donnant à ferme [51], soit enfin en l'achetant des particuliers qui exploitent des salines leur appartenant [52]. — Le gouvernement exerce, en outre, le monopole de la fabrication d'armes et de diverses autres manufactures [53].

[42] L. 1, Th. C., *de vectigalibus* 4, 12. – L. 3, Th. C., *de indulg. debit.* 11, 28. – L. 97, Th. C., *de decurionibus* 12, 1. – *Nov. Valentin.* XVIII, § 1. – L. 5-9, I. C., *de vectigalibus* 4, 61. – L. 4, I. C., *vectigalia nova institui non posse* 4, 62.

[43] *Notitia dignitatum, Or.*, c. 12; *Occid.*, c. 10. – Titt. Th. C., *de metallis et metallariis* 10, 19, I. C., *eodem* 11, 6.

[44] L. 5. 6. 9. 15, Th. C., *de metallis et metallariis* 10, 19. — Les mineurs, *metallarii,* même ceux de condition libre, étaient, avec leurs descendants, attachés à ce genre d'industrie sans pouvoir l'abandonner. L. 6. 7. 9. 15, Th. C., *citées.* – L. 7, I. C., *eodem* 11, 6. Même les *procuratores,* se trouvaient dans cet état de sujétion. L. 4, I. C., *eodem. Voy.* aussi ci-après, note 53.

[45] L. 1. 2. 3. 8. 13, Th. C., *de metallis* 10, 19. – L. 1, I. C., *eodem* 11, 6. – L. 3. 4. 10. 11. 12, Th. C., *eodem.* – L. 1. 2. 3. 5, I. C., *eodem.*

[46] Ces mines constituaient une propriété comme toute autre propriété privée. Fr. 9, § 2. Fr. 13, § 5, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 7, § 13. 14, D., *soluto matrimonio* 24, 3.

[47] L. 10, Th. C., *de metallis* 10, 19. « ... decimas fisco, decimas etiam domino repræsentent... » – L. 11, Th. C., *eodem.* – L. 3, I. C., *eodem* 11, 6.

[48] L. 14, Th. C., *de metallis* 10, 19 (L. 6, I. C., *eodem* 11, 6).

[49] L. 11, I. C., *de vectigalibus* 4. 61, et ci-dessus, n° 78 *in fine;* n° 161, note 13.

[50] Arg. Fr. 8, § 8, D., *de pœnis* 48, 19. — Fr. 6, D., *de captivis* 49, 15.

[51] Fr. 1, pr. D., *quod cuiuscumque universitatis nomine.* 3, 4. – Fr. 59, § 1. D., *de heredibus instit.* 28, 5. – Fr. 13, pr. D., *de publicanis* 39, 4.

[52] Fr. 5, § 1, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt.* 27, 9. – Fr. 32, § 2, 3, D., *de usu et usufructu legatis* 32, 2. – L. 11, I. C., *de vectigalibus* 4, 61.

[53] *Voy.* Serrigny, *Droit public,* t. I, n° 92; t. II, n°s 1100. 1103. 1107-1113. Tous les ouvriers travaillant dans ces manufactures et dans la plupart des métiers ayant pour objet la production d'objets nécessaires à la vie, étaient attachés à perpétuité, ordinairement avec leurs descendants, au genre d'industrie qu'ils exerçaient. Nous en avons déjà fait l'observation à propos des *metallarii* (ci-dessus, note 44). Des restrictions analogues de la liberté individuelle, fondées sur des considérations d'utilité publique, se retrouvent dans le colonat et le décurionat. Cf. ci-dessus, p. 317, note 14, et page 324, note 30.

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

230. Le droit continue de se développer en suivant la tendance que nous avons fait observer dès le milieu de la seconde époque. Les principes du *ius gentium* finissent par triompher dans presque toutes les branches du droit privé. La grande mesure de Caracalla (nos 158. 173), tout en étendant l'empire du droit civil romain, dut nécessairement favoriser la réaction des droits provinciaux sur la législation dominante. Il paraît même que l'organisation sociale de l'empire commençait à se ressentir de l'influence des mœurs et coutumes des nations barbares. Alexandre Sévère avait essayé de créer une organisation militaire qui présente quelque ressemblance avec le système féodal [1] : l'analogie du colonat avec le servage du moyen âge est incontestable [2], et nous trouvons, dans le sein de la famille même, une institution nouvelle, la *donatio propter nuptias*, qui menace de substituer à l'ancien droit matrimonial un régime tout à fait étranger à l'esprit du droit romain [3].

231. On aurait pu s'attendre à ce que le christianisme eût produit une régénération complète de la société, et amené par là des réformes importantes dans la législation, d'autant plus que les empereurs prennent un soin particulier de tout ce qui regarde l'Église, et invoquent fréquemment les préceptes divins dans les motifs dont ils font précéder leurs ordonnances [4]. Cependant, en examinant de près les lois de l'époque, on demeure convaincu que l'esprit du christianisme n'a guère pénétré dans la législation. Nous ne pouvons entrer ici dans les détails; mais un coup

[1] Lampride, *Alexandre Sévère*, 58. « Sola quæ de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus et militibus donavit, ita ut eorum ita essent, si heredes illorum militarent, nec unquam ad privatos pertinerent, dicens attentius eos militaturos, si etiam sua rura defenderent. » Cf. ci-après, § 146, note 4 *in fine*.

[2] *Voy.* ci-dessus, no 212.

[3] *Voy.* ci-après, tome III, § 316.

[4] Dans les temps modernes, on s'est plu à exagérer l'influence du christianisme sur la législation romaine, comme, dans les siècles derniers, on exagérait l'influence de la philosophie stoïcienne. La plus haute expression de cette exagération se trouve dans un ouvrage récent de M. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*. Paris, 1843. L'auteur y défend avec beaucoup d'esprit et d'habileté la thèse qu'il cherche à établir; mais il n'arrive à attribuer une grande influence au christianisme qu'en négligeant et méconnaissant l'élément le plus important de la marche progressive du droit romain, le *ius gentium*. Il n'a, au reste, que des idées fort peu exactes sur cet élément. Ainsi, il prend le concubinat pour le mariage du droit

d'œil rapide sur les différentes institutions du droit privé suffira pour montrer que les réformes que l'on y introduisit sont, en général, dues à une tendance depuis longtemps suivie, et que l'action du christianisme a été très-bornée et son influence peu énergique.

Quant à la propriété, aux obligations, aux successions à cause de mort et aux moyens de poursuivre et de protéger les droits, on ne fait que suivre la marche progressive que le droit honoraire et les jurisconsultes, sous l'impulsion du *ius gentium,* avaient depuis des siècles imprimée au droit des Quirites. C'est dans la partie de la législation qui règle la condition des personnes qu'on aurait pu attendre des réformes radicales du triomphe de la nouvelle religion. Or, l'action du christianisme n'est pas même assez forte pour faire dominer le dogme de l'égalité : l'esclavage subsiste toujours. Il est vrai que nous trouvons quelques ordonnances qui ont pu avoir pour effet de restreindre quelque peu le nombre des esclaves [5]; mais cet effet a été probablement plus que compensé par d'autres lois ayant une tendance opposée [6]. L'on ne soutiendra certes pas que des dispositions comme celle qui défend aux hérétiques et aux juifs d'avoir un esclave chrétien [7], tandis qu'il reste libre aux chrétiens d'avoir autant d'esclaves qu'ils veulent, aient été dictées par un esprit chrétien. Et s'il est vrai qu'après Constantin la loi accorde la liberté aux esclaves qui dénoncent certains crimes de leurs maîtres [8], on ne doit pas oublier que la constitution la plus humaine à cet égard est due à un empereur païen, savoir celle qui donne la liberté à l'esclave que son maître a abandonné pour cause de maladie ou de vieillesse [9]. Enfin, si nous recherchons les

naturel, et les actions de droit strict sont pour lui l'expression du *ius civile,* tandis que les actions de bonne foi sont propres au *ius gentium.* Il est évident qu'en portant une pareille confusion d'idées dans un travail de ce genre, on ne peut arriver à un résultat sérieux.

[5] Par exemple, les constitutions dont il sera parlé ci-après, à la note 8; encore ces lois ont-elles été inspirées par des motifs qui n'ont rien de commun avec le christianisme. On se plaît à dire que les édits de Constantin qui permirent l'affranchissement des esclaves dans les églises auraient beaucoup diminué le nombre des esclaves; mais l'affranchissement était déjà rendu bien facile avant cette époque. Il est d'ailleurs à remarquer qu'il n'est venu à l'esprit d'aucun empereur avant Justinien d'abolir les restrictions de la loi *Furia Caninia* et que les motifs qui engagèrent ce dernier empereur à le faire n'ont aucun caractère religieux. *Voy.*, sur cette matière, ci-après, t. III, § 336.

[6] Une loi de Constantin, dérogeant à l'ancien principe de l'imprescriptibilité de la liberté, autorise la personne qui recueillerait un enfant exposé à le garder, soit comme fils sous puissance, soit comme esclave. L. 1, Th. C., *de expositis* 7, 5, et ci-après, t. III, § 335 *in fine*.

[7] L. 1, Th. C., *ne christianum mancipium* (*hæreticus vel*) *iudæus, vel paganus habeat, vel possideat, vel circumcidat* 16, 9. – L. 1. 2, I. C., *eodem* 1, 10.

[8] La liberté est accordée à l'esclave qui dénonce les crimes de rapt, de fabrication de fausse monnaie et de désertion. L. 1, Th. C., *de raptu* 9, 24. – L. 2, Th. C., *de falsa moneta* 9, 21. – L. 4, Th. C., *de desertor.* 7, 18. – L. 2. 3. 4, I. C., *pro quibus causis.* 7, 13. — *Voy.* ci-après, tome III, § 336.

[9] Suétone, *Claude*, 25. – Dion Cassius, LX, 29. – Fr. 2, D., *qui sine manumissione ad libertatem perveniunt* 40, 8. – L. 1, § 3, C., *de latina libertate tollenda* 7, 6.

réformes qui avaient pour but d'apporter quelques adoucissements au sort des esclaves, nous trouvons qu'elles émanent presque toutes des empereurs païens [10].

La puissance paternelle, à la vérité, fut considérablement restreinte; mais il est facile de prouver qu'elle avait subi des modifications importantes déjà vers la fin de la république, et que l'extension successive qui fut naturellement donnée à ces modifications aurait dû amener les mêmes résultats sans qu'il fût besoin de l'intervention du christianisme [11]. Ce n'est guère que dans la législation sur le mariage que les doctrines de l'Église ont exercé une influence marquée. Le célibat, qui, dans l'ancien droit, avait été considéré comme contraire aux devoirs du citoyen, fut favorisé; la législation relative aux empêchements au mariage fut modifiée; on chercha à prévenir les secondes noces et le concubinat; le divorce fut rendu plus difficile [12]. Toutefois, nous verrons ci-après que, même dans ces matières, les empereurs ont obéi moins à des principes constants et rigoureux qu'à des influences et à des inspirations quelquefois peu louables, et que souvent les véritables motifs qui les ont guidés ne sont pas plus conformes à l'esprit du christianisme que ceux qui ont dicté les lois cruelles contre les hérétiques et les apostats [13], et les constitutions absurdes qui, sous des prétextes religieux, infligent des peines atroces pour des actes au moins indifférents [14].

[10] Nous nous bornons ici à mentionner la loi *Petronia* des premiers temps de l'empire, qui défend aux maîtres de faire combattre leurs esclaves contre les animaux. Fr. 42, D., *de contrah. emt.* 18, 1. – Fr. 11, § 1. 2, D., *ad leg. Corn. de sicariis* 48, 8. Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons l'occasion de signaler plusieurs constitutions d'empereurs païens ayant pour but d'améliorer le sort des esclaves, tandis qu'on ne peut guère citer, de la part des empereurs chrétiens, qu'une seule ordonnance de Constantin. L. 1, Th. C., *de emendat. servorum* 9, 12, laquelle, au reste, ne contient que l'extension d'un principe déjà établi par Antonin le Pieux. Nous voulons bien encore admettre, quoique la chose ne soit guère certaine, la L. 11, I. C., *communia utriusque iudicii* 3, 38; mais encore faut-il convenir que ces mesures humaines sont largement compensées par les lois cruelles de Constantin, de Théodose et Valentinien, d'Arcade et Honorius, qui se trouvent aux L. 6, C., *de servis fugitivis* 6, 1; L. 5. C., *de hæreticis* 1, 5; L. 20, C., *qui accusare non possunt* 9, 1. — *Voy.* ci-après, t. III, § 334.

[11] Cic., *de legibus* III, 8. – Denys d'Hal., II, 15. – Paul, V, 1, 1. – Fr. 5, D., *si a parente quis.* 37, 12. – Fr. 5, D., *de lege Pomp. de parric.* 48, 9. « Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. » – Fr. 2, D., *ad leg. Corn. de sicariis* 48, 8. – Fr. 9, § 3, D., *de off. procons.* 1, 16. – L. 3, I. C., *de patria potestate* 8, 47. — *Voy.*, au reste, ci-après, tome III, § 326.

[12] *Voy.* ci-après, tome III, §§ 320. 322. 324.

[13] *Voy.* ci-dessus, n° 213. Il serait trop fastidieux d'énumérer ici toutes les dispositions législatives contre les hérétiques.

[14] Il est difficile de faire un choix dans le grand nombre de constitutions de ce genre. Nous nous bornons à traduire une ordonnance de l'empereur Léon VI, dit le Philosophe, contre les charcutiers et les consommateurs de boudins noirs. *Nov. Leonis* 58. « Dans le temps, Dieu ordonna au législateur Moïse de ne point manger du sang, et les hérauts de la grâce ont prescrit de s'abstenir de cet aliment. Et alors que cet usage coupable est repoussé à la fois par l'ancienne loi de grâce et par la nouvelle, les hommes en sont venus à ce degré d'outrecuidance, voire même de démence, qu'ils ne prêtent une oreille obéissante à aucune de ces deux lois. Au contraire, les uns par amour

DES SOURCES DE DROIT ANTÉRIEURES AUX GRANDS RECUEILS.

232. Avant d'exposer les travaux législatifs de l'époque, nous récapitulerons brièvement les sources du droit que les époques précédentes ont léguées à l'empire.

Les lois de la république et du commencement de l'empire forment toujours la base du droit civil, mais le pouvoir législatif n'appartient plus au peuple : ce sont les empereurs qui l'exercent. Depuis le milieu de l'époque précédente, nous ne rencontrons plus de sénatus-consultes ayant un caractère législatif. Les préteurs ne publient plus d'édits; mais les dispositions reçues des édits antérieurs sont appliquées et développées par la science et par la pratique. La jurisprudence des tribunaux, *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum,* conserve naturellement son importance[1]. Le droit coutumier, *consuetudo, mores,* continue de suivre la marche que nous avons signalée dans l'époque précédente [2].

Enfin la science et les constitutions des empereurs continuent d'agir sur le développement du droit. Toutefois, l'action actuelle de la science est faible et disparaît presque entièrement devant le nombre et l'importance des ordonnances impériales, auxquelles il faut joindre les

du lucre, les autres par gourmandise, méprisent impudemment ce précepte et se font une nourriture du sang, aliment prohibé Car il est arrivé à nos oreilles que, *l'introduisant dans des intestins, comme dans des tuniques,* ils le permettent à leur estomac comme un mets habituel. Notre Majesté considérant, etc., nous ordonnons que personne n'ose commettre ce sacrilége, ni pour son usage propre, ni pour souiller les acheteurs d'un aliment impie; et sache *quiconque (acheteur ou vendeur) sera surpris dorénavant mépriser le précepte divin, et se faire du sang un aliment, qu'il sera condamné à la confiscation de ses biens, et après avoir été sévèrement fouetté jusqu'au sang et rasé honteusement par tout le corps, il sera puni d'un exil perpétuel,* etc. »

[1] *Voy.* les textes du Digeste, cités ci-dessus, nº 141, ainsi que la L. 3, I. C., *quæ sit longa consuetudo* 8, 53. Cependant dans la L. 13, C., *de sententiis* 7, 45, Justinien conseille de ne point donner à la jurisprudence des tribunaux une autorité exagérée, *cum non exemplis sed legibus iudicandum sit.*

[2] La force créatrice et dérogatrice de la coutume en général est reconnue dans les passages du *Corpus iuris* que nous avons cités aux nºs 141. 193, et dans les textes suivants : § 11, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2. – § 7, I., *de iniuriis* 4, 4. – CONST. *Hæc quæ necessario,* § 2. – (CONST. *Deo auctore*) L. 1, § 10, C., *de vetere iure enucleando* 1, 17. – Tit. C., *quæ sit longa consuetudo* 8, 53.– *Nov.* 98, c. 13. – *Nov.* 106. — Les Fr. 1, pr. D., *de usuris* 22, 1; L. 3, C., *de ædif. privatis* 8, 10, et L. 1, C., *quæ sit longa consuetudo* 8, 53, parlent de coutumes locales et la (CONST. *Deo auctore*) L. 1, § 10, C., *de vetere iure enucleando* 1, 17, étend aux coutumes de Constantinople la prééminence que Julien reconnaissait aux usages de Rome. Fr. 32, pr. D., *de legibus* 1, 3 (*voy.* ci-dessus, § 70, note 4). Cf. § 6-7, I., *de satisdationibus* 4, 11. — Diverses dispositions légales ont pour but de déterminer les conditions requises pour qu'un usage puisse avoir l'autorité du droit coutumier. Fr. 32. 40, D., *de legibus* 1, 3. – Fr. 1, pr. D., *de usuris* 22, 1. – L. 1, Th. C., *de longa consuetudine* 5, 12. – L. 11, C., *de legibus* 1, 14. – L. 1. 2. I. C., *quæ sit longa consuetudo* 8, 53. – *Nov.* 134, c. 1. – Cf. Fr. 13, § 7, *verb.* Usurpatum tamen est D., *de iniuriis* 47, 10.

édits des préfets du prétoire qui réunissent les conditions nécessaires pour avoir force obligatoire [3].

233. Depuis Alexandre Sévère, l'art de la jurisprudence, porté à son plus haut degré, commence à décliner [4]. Il n'y a que deux jurisconsultes de cette époque dont nous trouvions des fragments dans la collection de Justinien, savoir HERMOGÉNIEN (fr. 107) et AURELIUS ARCADIUS CHARISIUS (fr. 6), tous deux sous Constantin, auxquels on ajoute souvent JULIUS AQUILA (fr. 2), qui probablement appartient au siècle précédent. Moins l'époque produisit d'hommes distingués, plus on dut nécessairement recourir aux grands jurisconsultes des siècles derniers. On leur attribua une autorité excessive, et il paraît que leurs ouvrages étaient presque assimilés aux dispositions législatives [5]. Aussi commence-t-on à composer des recueils dans lesquels se trouvent réunies et classées, d'après l'ordre des matières, les opinions des jurisconsultes classiques sur les différentes parties de la législation. Nous possédons quelques-uns de ces ouvrages, savoir :

1° Des fragments importants d'une collection de passages de jurisconsultes et de constitutions impériales, faite probablement du temps de Théodose II. Ce que nous en connaissons se compose de sept titres qui traitent de diverses matières du droit privé [6]. Ces fragments furent trouvés dans la bibliothèque du Vatican, par Angelo Maï et publiés en 1823 [7]. On les cite ordinairement sous le titre de *Vaticana iuris romani fragmenta*.

2° *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, conférence du droit mosaïque avec le droit romain. Ce recueil, qui date probablement de la même époque que l'ouvrage précédent, est divisé en seize titres. A la tête de chaque titre se trouve un chapitre dans lequel l'auteur expose la législation des Hébreux sur telle matière, *Moises dicit;* suivent alors des fragments de jurisconsultes ou de constitutions impériales qui contiennent les dispositions du droit romain sur la même matière. Cette compilation n'a aucune valeur scientifique; mais nous lui devons la conservation de quelques passages remarquables [8].

3° Un recueil de *responsa* d'un auteur inconnu, qui ne peut être anté-

Cf. ci-dessus, p. 253, note 10, et L. 2, C., *de officio præf. præt.* 1, 26. – L. 16, C., *de iudiciis* 3, 1. – L. 27, C., *de fideiussoribus* 8, 41. – *Nov.* 166-168, et ci-après, n° 245, note 20

[4] AMM. MARCELL., XXX, 5, trace un tableau peu flatteur des jurisconsultes et particulièrement des avocats de son époque. Déjà un contemporain de l'empereur Julien nous apprend que la profession d'avocat était tombée dans le mépris et considérée comme ne convenant qu'aux affranchis. MAMERTIN., *gratiarum actio ad Iulianum*, 20.

[5] *Voy.* ci-après, notes 11-15 et n° 235.

[6] *Ex emto et vendito; de usufructu; de dotibus et re uxoria; de excusatione; quando donator intelligitur revocasse donationem; ad legem Cinciam; de cognitoribus et procuratoribus.*

[7] Les éditions qui ont suivi celle de Maï ont été indiquées ci-dessus, p. 18, n° 7.

[8] P. PITHOU, publia en 1573 la première édition de la *Collatio*, d'après un manuscrit qu'on n'a pas retrouvé. Les autres éditions ont été indiquées ci-dessus, p. 18, n° 8.

rieur à Théodose II [9] et contient des avis, motivés sur des passages tirés d'ouvrages de jurisconsultes et sur des constitutions impériales. Il est connu sous le nom de *Consultatio veteris iurisconsulti* [10].

234. L'autorité attribuée aux anciens jurisconsultes était si grande, que le législateur se crut obligé de régler par des dispositions précises l'usage qu'on devrait faire en justice de leurs ouvrages. Constantin publia deux constitutions, dont l'une infirme les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien [11], dont l'autre permet de citer en justice les autres ouvrages de Paul et surtout ses *Libri sententiarum* [12]. Mais la pièce la plus curieuse est la constitution de Théodose II ou de Valentinien III, qu'on appelle assez improprement la loi des citations [13]. Par cette ordonnance, l'empereur n'accorde d'autorité qu'aux ouvrages de PAPINIEN, de PAUL, de GAIUS, d'ULPIEN et de MODESTIN, et à ceux des anciens jurisconsultes dont les opinions ou les ouvrages auraient été cités et expliqués par ces cinq

[9] Car il cite, vers la fin du premier chapitre, une constitution de cet empereur qui paraît être la L. 8, Th. C., *de pactis et transactionibus* 2, 9. (L. 41, I. C., *de transact.* 2, 4).

[10] Première édition de CUJAS en 1577. Cf. ci-dessus, p. 18, nº 10.

[11] L. 1, Th. C., *de responsis prudentum* 1, 4. « Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes, Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri præcipimus. » (321) Cf. L. 3, Th. C., *eodem.* — Les notes de Marcien subirent le même sort, nous ne savons à quelle époque L. 1, § 6, I. C., *de vetere iure enucleando* 1, 17. — *Voy.* encore L. 1, pr. Th. C., *de sententiam passis* 9, 43. « In quæstione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, *remotis Ulpiani atque Pauli notis, Papiniani* placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt, etc. « (321). — L. 3, I. C., *de vetere iure enucleando* 1, 17.

[12] L. 2, Th. C., *de resp. prud.* 1, 4. « Universa, quæ scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Ideoque sententiarum libros, plenissima luce et perfectissima elocutione et iustissima iuris ratione succinctos, in iudiciis prolatos valere, minime dubitatur. » (327). — Cf. *Consultatio veteris icti*, 7.

[13] L. 3 (1), Th. C., *de resp. prud.* 1, 4. IMPP. THEOD. ET VALENT. AA., ad senat. urb. Rom « PAPINIANI, PAULI, GAII, ULPIANI atque MODESTINI scripta universa firmamus, ita ut Gaium quæ Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni eius opere recitentur. Eorum quoque scientiam quorum tractatus atque sententias prædicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut SCÆVOLÆ, SABINI, IULIANI atque MARCELLI, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversæ sententiæ proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus æqualis sit, eius partis præcedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) præcipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiæ recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere præcipimus. » DAT. VII ID. RAVENNÆ, DD. NN. THEOD. XII et VALENT. II, AA. Coss. (426). — On n'est pas d'accord sur la question de savoir si cette constitution doit être attribuée à Théodose II ou à Valentinien III. Dans les temps modernes, on a plutôt penché pour Valentinien III, par le motif que l'ordonnance est datée de Ravenne (ci-dessus, p. 306, note 11). Mais HUGO a fait observer avec raison qu'il n'est pas probable que cette pièce soit émanée d'un enfant de huit ans, et qu'il est plus rationnel d'admettre que l'exemplaire, qui nous en a été conservé par le *Breviarium Alaricianum*, est l'expédition faite pour l'Occident d'une ordonnance déjà publiée à Constantinople par Théodose II.

jurisconsultes [14]. Parmi ces anciens, la loi distingue particulièrement Cervidius Scævola, Sabinus, Julien et Marcellus. L'opinion de la majorité des jurisconsultes mentionnés était décisive ; mais, en cas de partage (d'après d'autres, dans le cas où chacun d'eux aurait eu un avis particulier), on accordait voix prépondérante à la sagesse supérieure de Papinien [15].

Il est facile à concevoir qu'à une époque où l'on pouvait porter de pareilles lois, la science n'avait ni vie ni vigueur. Aussi les jurisconsultes de ce temps n'ont-ils guère exercé d'influence sur le développement de la législation. Ce sont les empereurs qui se chargent de ce soin [16], et le nombre de leurs constitutions augmente dans une proportion rapide depuis Dioclétien [17]. C'est également à partir de cette époque que les empereurs prennent ostensiblement le rôle de législateurs [18], en donnant à leurs constitutions la rédaction générale et absolue [19] qui caractérise les lois proprement dites, *leges, leges edictales, edicta* [20].

235. Un fait qui prouve l'autorité excessive attribuée aux jurisconsultes du temps passé est la division des sources du droit, généralement adoptée pendant notre époque, en *leges* et en *ius*. Par *leges* on entend les constitutions impériales ; toutes les autres sources sont appelées *ius*, et

[14] Pourvu que l'exactitude des citations eût été constatée par la comparaison avec l'ouvrage cité. Tel est le sens des mots « si tamen eorum libri (c'est-à-dire les livres de Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin) propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmantur. »

[15] L'interprétation qui accompagne cette constitution dans le *Breviarium Alaricianum* (ci-après, n° 252) l'entend évidemment du cas de partage : « Hæc lex ostendit, quorum conditorum sententiæ valeant : hoc est Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani, Modestini, Scævolæ, Sabini, Iuliani atque Marcelli. Quorum si fuerint diversæ prolatæ sententiæ, ubi maior numerus unum senserit, vincat. Quod si forsitan æqualis numerus in utraque parte est, eius partis præcedat auctoritas, in qua Papinianus cum æquali numero senserit, quia, ut singulos Papinianus vincit, ita et cedit duobus. » — S'il y a partage et que Papinien n'ait pas traité la question, il est permis au juge d'avoir une opinion : *eligat moderatio iudicantis.*

[16] Il faut aussi tenir compte des ordonnances générales des préfets du prétoire. *Voy.* ci-dessus, page 344, note 3.

[17] Nous avons, dans le code de Justinien, 1247 constitutions de Dioclétien (parmi lesquelles nous comptons 1220 rescrits), dont 25 de lui seul et 1222 de lui et de Maximien.

[18] Isidore, *Orig.*, V, 1. « Leges novæ a Constantino Cæsare cœperunt et reliquis succedentibus. »

[19] Par contre, les rescrits, dont le nombre au reste diminue de plus en plus, ainsi que les décrets, n'ont plus d'autorité que pour l'espèce dans laquelle ils ont été rendus (L. 11, Th. C., *de diversis rescriptis* 1, 2) L. 2, I. C., *de legibus* 1, 14. — L. 13, C., *de sententiis* 7, 45), à moins que la constitution ne dise expressément le contraire. L. 3, I. C., *de legibus* 1, 14, ou qu'il s'agisse d'une sentence rendue par l'empereur dans une *causa cognitionaliter examinata et partibus cominus constitutis*. Dans cette hypothèse, en effet, « omnes omnino iudices.... sciant hanc esse legem non solum illi causæ pro qua producta est, sed et omnibus similibus. Quid enim maius, quid sanctius Imperiali est maiestate? » Justinien, L. 12, pr. I. C., *de legibus* 1, 14. La même autorité est accordée par la même constitution, § 1er, à toute interprétation authentique donnée par l'empereur, même en suite d'une requête particulière.

[20] L. 5. 6, Th. C., *de constitutionibus* 1, 1 et *passim*. Le mot *edicta* a dès lors une autre portée que lorsqu'il est appliqué aux ordonnances des magistrats : il sert à désigner de véritables émanations du pouvoir législatif.

L. 1 C de [illegible] 4, 31 [illegible]
t 2, § 291 X. 9

ce mot désigne tout spécialement les ouvrages des jurisconsultes dans lesquels se puisent les règles du droit antérieur [21].

236. Une autre division du droit, dont les premières traces se trouvent déjà dans Cicéron et qui forme la base principale du titre des Institutes *de iure naturali, gentium et civili,* est celle en *ius scriptum* et en *ius non scriptum.* Aujourd'hui on entend généralement, par droit écrit, celui qui est établi par l'autorité législative, et, par droit non écrit, celui qui s'est introduit sans l'action de cette autorité. Les Romains emploient ces mots dans le sens propre et matériel, et appellent *ius scriptum* tout ce qui est matériellement écrit, gravé sur tables ou couché sur papier. Comme cette division n'est d'aucune importance en droit romain, nous nous bornons à transcrire dans une note les principaux passages de nos sources qui en traitent. On y verra que les édits des préteurs et les avis des jurisconsultes, qui certes n'émanaient pas du pouvoir législatif, figurent dans la catégorie du *ius scriptum* [22].

RECUEILS DE CONSTITUTIONS FAITS AVANT THÉODOSE II. — CODE THÉODOSIEN ET NOVELLES DE THÉODOSE II ET DE SES SUCCESSEURS.

237. Le besoin de réunir et de classer les constitutions impériales se fit sentir de plus en plus, surtout à l'égard des décrets et des rescrits, lesquels, n'étant pas promulgués, ne parvenaient guère à la connaissance du public. Déjà, sous Marc-Aurèle, le jurisconsulte Papirius Iustus avait fait un recueil des rescrits de cet empereur, et le Digeste renferme plusieurs passages d'un ouvrage de Paul, qui paraît avoir contenu des décisions judiciaires, *decreta,* émanées des empereurs [1]. Des travaux plus complets

[21] L. 2, in f. Th. C., *de pignoribus* 2, 30. – *Nov. Valentin.* XXI, 1, 5. – *Consultatio veteris icti,* VI, 2. VII, 2. – *Edictum Theodorici* in epilogo. – *Commonitorium legis romanæ Visigothorum.* « ...... aut de legibus aut de iure.... nulla alia lex neque iuris forma ». – *Interpretatio visigothana.* Legis 3 (2) Gr. C., *si adversus donationes.* 2, 2; Th. C., *de responsis prudentum* 1, 4; *de dotibus* 3, 13. – L. 5, I. C., *quorum appellationes non recipiuntur* 7, 65. « et iure et constitutionibus cautum est. »

[22] Cicéron, *de part. orat.*, 37. « Atque hæc communia sunt naturæ atque legis; sed propria legis et ea quæ *scripta* sunt, et ea quæ *sine litteris,* aut gentium iure, aut maiorum more retinentur. » — Justinien, en parlant de cette division, dit, au § 10, I., *de iure nat. gentium et civili* 1, 2 : « Nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus observarent, *memoriæ mandarent;* Athenienses vero ea, quæ in legibus *scripta* reprehendissent, custodirent. » – Idem, § 3, I., *eodem.* « *Scriptum* ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, *magistratuum edicta, responsa prudentum.* § 9. Ex *non scripto* ius venit, quod usus comprobavit. » — Pomponius, au Fr. 2, § 5. 12, D., *de orig. iuris* 1, 2, dit que le droit qui s'est formé du temps de la république par l'interprétation des jurisconsultes, *sine scripto venit, sine scripto consistit;* mais les *responsa prudentum* sont considérés comme *ius scriptum.*

[1] *Voy.* ci-dessus, nº 184 *in fine.*—Le recueil du grammairien Dositheus, *Hadriani sententiæ et epistolæ,* contient également des décrets rendus par les empereurs.

furent entrepris, probablement dans les derniers temps du règne de Dioclétien et sous Constantin, par les jurisconsultes GRÉGORIEN et HERMOGÉNIEN [2]. Nous ne savons rien de précis sur ces deux collections connues sous les noms de *Codex Gregorianus* et *Codex Hermogenianus;* mais, d'après les fragments qui nous en ont été conservés dans le *Breviarium Alaricianum*, il paraît que le code d'Hermogénien était postérieur au code de Grégorien, et en formait, pour ainsi dire, la suite. Ils contenaient des constitutions impériales (particulièrement des rescrits), classées d'après l'ordre des matières [3].

238. Toutefois, ces collections, émanées de particuliers, n'avaient aucun caractère officiel [4]. L'empereur Théodose II conçut le projet d'un grand travail législatif. En 429, il institua une commission, à laquelle il ordonna de compléter les codes Grégorien et Hermogénien par un nouveau recueil de constitutions (*leges*) publiées depuis Constantin, partagées et divisées en livres et titres, et de faire un autre code renfermant des extraits d'ouvrages de droit et des codes précédents (*ius*) [5]. Les constitutions abrogées ou tombées en désuétude devaient être omises dans le dernier, mais rapportées dans le premier par ordre chronologique. La commission, composée de neuf fonctionnaires et savants, ne semble pas avoir rempli la mission dont elle était chargée. Une nouvelle commission de seize membres fut nommée, en 435, pour exécuter la première partie du projet annoncé dans la constitution de 429, c'est-à-dire la collection des *leges* [6]. Ce travail fut achevé en 438 et publié en Orient par une ordonnance adressée au préfet du prétoire de Constantinople [7]. La même année, Valentinien III lui donna force obligatoire en Occident, en le faisant communiquer au sénat par le préfet du prétoire de Rome [8].

[2] D'après un passage de la *Consultatio veteris icti*, c. 9, qui attribue au code Hermogénien plusieurs constitutions de Valens et Valentinien II, il faudrait rapporter cette collection à une époque plus avancée ; mais il est probable que cette constitution récente a été tirée d'un appendice ajouté postérieurement au code Hermogénien.

[3] La plus ancienne des 70 constitutions qui nous ont été conservées du code Grégorien est de Septime Sévère. Il finit avec Dioclétien. Le code d'Hermogénien, contenant 38 constitutions, commence par Dioclétien. — *Voy.* les éditions, ci-dessus, p. 18, n° 10.

[4] Aussi le *Breviarium* les place-t-il dans le *ius* et non parmi les *leges*. *Voy.* ci-après, n° 252.

[5] L. 5, Th. C., *de constitutionibus* 7, 7. – ISIDORE, *Orig.*, V, 1. « Leges novæ a Constantino Cæsare cœperunt et reliquis succedentibus, erantque permixtæ et inordinatæ. Postea Theodosius minor Augustus ad similitudinem Gregoriani et Hermogeniani codicem factum a Constantini temporibus, sub proprio cuiusque imperatoris titulo disposuit, quem a suo nomine Theodosianum vocavit. »

[6] L. 6, Th. C., *de constitutionibus* 1, 1.

[7] Const. *de Theodosiani codicis auctoritate*. Cette constitution est la première novelle de Théodose, dans l'édition de Ritter. Dans le manuscrit de Turin et dans les éditions de Wenck et de Hænel, elle précède le Code.

[8] Le procès-verbal de cette communication, intéressant par les formes variées que les sénateurs donnent à leurs acclamations, a été découvert par Clossius, *Gesta in senatu urbis Romæ de*

Ce recueil, qui déjà, dans l'ordonnance de 435, est appelé CODEX THEODOSIANUS, est divisé en seize livres, et contient des constitutions impériales à partir de Constantin [9]. En 1550, du Tillet (Tilius) en publia, d'après un manuscrit, le sixième livre en grande partie, et les huit derniers livres en entier, sauf quelques lacunes dans le dernier [10]. Cujas y ajouta, en 1566, les livres sixième, septième et huitième [11]. Les cinq premiers livres n'étaient connus que par les extraits fort incomplets qui se trouvent dans la loi romaine des Visigoths [12]. De nos jours (1817), M. Peyron découvrit au musée royal de Turin, dans un palimpseste, un grand nombre de constitutions (99) non abrégées, appartenant aux six premiers livres, et dans un autre palimpseste quelques constitutions des trois derniers livres [13]. D'autres découvertes faites postérieurement, surtout par MM. Clossius, Baudi de Vesme et Hænel, ont enfin fait disparaître en grande partie les lacunes que cette collection présentait [14].

239. Après le code Théodosien, les empereurs de l'Orient et de l'Occident rendirent encore un grand nombre de constitutions qui, d'après le principe émis dans l'ordonnance de 429, étaient toujours communiquées par l'un à l'autre pour les faire publier en cas d'approbation. On les appelle novelles, *novellæ constitutiones*. Nous en avons, en dehors de celles renfermées dans les collections de Justinien, plus de cent, dont 36 de Théodose II et 45 de Valentinien III, les autres de Marcien en Orient et de Majorien, Sévère et Anthime en Occident [15].

recipiendo Theod. codice. Il précède le code dans les éditions de Wenck et de Hænel. — Valentinien III adressa également, en 443, une ordonnance aux *constitutionarii*, c'est-à-dire aux employés chargés du dépôt des exemplaires du code, pour leur enjoindre de veiller à ce que les copies du code soient correctement faites. Elle a été découverte par M. Clossius.

[9] Il est difficile de déterminer le sens des mots *imperatores legitimi*, dont un auteur ancien se sert en parlant du code Théodosien. Jacques Godefroi pense qu'il faut entendre par là les empereurs chrétiens; mais on peut objecter que le code contient des constitutions de Julien l'Apostat. C'est par ce motif que Ritter et Heineccius croient que les *imperatores legitimi* sont opposés à ceux connus sous le nom des *trente tyrans*, comme le fait aussi AMMIEN-MARCELLIN, XV, 8; XIX, 12; XXVI, 4, 6.

[10] L'édition de DU TILLET (TILIUS) parut à Paris en 1550. — Déjà antérieurement le code Théodosien, tel qu'il se trouve abrégé dans la *Lex Romana Visigothorum*, avait été publié dans l'édition que SICHARD fit de ce dernier recueil sous le titre : *Codicis Theodosiani libri XVI, quibus sunt adiectæ Novellæ, etc.* Bâle, 1528. Cf. ci-dessus, p. 19, nº 1.

[11] L'édition de CUJAS parut d'abord à Lyon en 1566; ensuite à Paris en 1586.

[12] C'est dans cet état que le code Théodosien se trouve dans l'édition qui renferme le célèbre commentaire de JACQUES GODEFROI (GOTHOFREDUS), et qui fut publiée après la mort de ce dernier par MERVILLE (MARVILLIUS), en 1665, à Lyon. Éditée de nouveau et augmentée par RITTER, Leipzig, 1736-1745.

[13] Ces fragments ont été publiés successivement par M. PEYRON, Turin, 1824; par M. WENCK, Leipzig, 1825; par M. BAUDI DE VESME, Turin, 1839.

[14] Ce qui a permis à M. HÆNEL de donner la belle édition du Code Théodosien et des Novelles théodosiennes et post-théodosiennes, qui a paru en 1842 dans le *Corpus iuris anteiustiniani* de BONN. Cf. ci-dessus, p. 19, nº 17.

[15] Les Novelles théodosiennes et post-théodosiennes se trouvent dans la plupart des éditions

TRAVAUX DE JUSTINIEN †.

240. Lorsque Justinien monta en 527 sur le trône, la réforme des lois romaines était devenue un travail aussi indispensable que difficile. Dans l'espace de dix siècles, le nombre infini des lois, des opinions des jurisconsultes et des constitutions impériales, avait rempli des milliers de volumes que l'homme le plus riche ne pouvait acheter et que la tête la plus vaste ne pouvait contenir [1]. Justinien, qui (d'après quelques auteurs modernes) avait dans sa jeunesse étudié la jurisprudence [2], conçut le projet de réunir en un seul corps toutes les règles de droit, quelle que fût leur origine. Déjà Pompée et César avaient eu cette intention; mais ils n'eurent pas le temps de songer à la réaliser [3]. La collection de Théodose était incomplète, parce que d'abord elle ne contenait que des constitutions impériales d'une époque peu étendue, et qu'ensuite près de cent ans s'étaient écoulés depuis sa publication. La mesure que prit Justinien était donc dictée par les besoins de l'époque.

241. Il entreprit d'abord de recueillir de nouveau les constitutions des empereurs, *leges*. La première année de son règne, le 13 février 528, il nomma une commission de dix hauts fonctionnaires et jurisconsultes, à

du Code Théodosien, notamment dans celles qui contiennent le commentaire de Godefroi. Des éditions plus complètes en furent faites par les soins de Zirardini, Faenza, 1766, et Amaduzzi, Rome, 1767. Enfin, M. Hænel a donné, en 1844, dans le *Corpus iuris anteiustiniani* de Bonn, toutes celles qui nous sont connues, et en outre dix-huit constitutions d'empereurs chrétiens qui se trouvent dans un recueil ecclésiastique et ont été éditées pour la première fois par Sirmond, *Appendix codicis Theodosiani*. Paris, 1631. L'authenticité de ces dernières constitutions, ou du moins de plusieurs d'entre elles, a été contestée, surtout par Jacques Godefroi. M. Hænel en a démontré la réalité par des arguments solides, qui n'excluent cependant pas le soupçon d'altérations et de falsifications plus ou moins grandes qu'elles ont pu subir. Cf. ci-dessus, p. 334, note 66.

† Le tableau que nous présentons ici est, en grande partie, emprunté à Gibbon, *Histoire de la décadence de l'empire romain*, chapitre XLIV.

[1] On a l'habitude de dire que la bibliothèque d'un jurisconsulte de l'époque aurait fourni la charge de plusieurs chameaux, ἄχθος καμήλων πολλῶν. Le fait est vraisemblable, mais Eunapius, à qui l'on emprunte la proposition, ne parle pas de bibliothèque.

[2] Cette assertion, reproduite par Gibbon, n'est appuyée d'aucun témoignage historique. — Les érudits ont beaucoup discuté sur le degré d'instruction qu'il faudrait attribuer à Justinien. Les uns en ont fait un génie presque universel, les autres le représentent comme fort ignorant, et, en se fondant sur un passage de Suidas, v. ἀμάθητος, ils vont même jusqu'à dire qu'il ne savait pas lire (ἀναλφάβητος). Mais les arguments de part et d'autre sont très-faibles; et quant au dernier reproche, il est hors de doute que Suidas ne parle pas de Justinien, mais bien de Justin Ier.

[3] Suétone, *Jules César*, 44. « Ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quæque et necessaria in paucissimos conferre libros (destinabat)..... Talia agentem atque meditantem mors prævenit. » — Isidore, *Orig.*, V, 1. « Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit, sed non perseveravit, obtrectatorum metu : deinde Cæsar cœpit id facere, sed ante interfectus est. » — Aulu-Gelle, I, 22, rapporte que Cicéron avait eu la même idée. — Au reste, il va sans dire que ces projets ont dû être moins étendus et d'une nature toute différente de celui dont Justinien poursuivit l'exécution.

la tête desquels il plaça Joannes, ex-questeur du palais, et parmi lesquels se trouvèrent Tribonien, qui devint le jurisconsulte le plus célèbre de l'époque, et Théophile, *comes consistorianus* et professeur à l'école de droit de Constantinople. Cette commission devait revoir les ordonnances des empereurs contenues dans les codes de Grégorien, d'Hermogénien et de Théodose, ainsi que les novelles de cet empereur et de ses successeurs, en faire disparaître les erreurs et les contradictions, retrancher tout ce qui était tombé en désuétude ou superflu, et recueillir tout ce qu'il y avait de lois sages et salutaires susceptibles de s'adapter à la pratique des tribunaux et aux besoins de l'époque [4]. Le travail fut achevé en quatorze mois, et le CODEX, divisé en douze livres, fut confirmé et solennellement publié le 7 avril 529 [5].

242. Après la confection de ce code, Justinien chargea (15 déc. 530) Tribonien, alors nommé *quæstor sacri palatii*, de recueillir dans les ouvrages des plus célèbres jurisconsultes tout ce dont on pourrait faire usage, *ius*, en se faisant assister dans ce travail par une commission composée des meilleurs professeurs et avocats de l'empire. Tribonien choisit Constantin, *comes largitionum*, qui avait collaboré au code, onze avocats de la préfecture d'Orient et quatre professeurs, parmi lesquels Théophile et Dorothée. La commission ainsi composée fut revêtue d'une juridiction absolue dans l'appréciation des ouvrages qui devaient servir à la compilation [6]. L'empereur avait estimé que dix ans suffiraient à peine pour faire cet immense travail [7], mais la commission y mit tant de zèle et d'activité qu'elle le termina en trois ans. Il fut publié sous le titre de DIGESTA ou PANDECTÆ, le 16 décembre 533, pour être obligatoire à partir du 30 du même mois [8]. On avait choisi trente-neuf des plus habiles jurisconsultes [9], on renferma dans cinquante livres l'abrégé de deux mille traités, et on a eu soin d'instruire la postérité que trois millions de lignes

[4] Const. HÆC QUÆ NECESSARIO, *de novo codice faciendo*. — Const. SUMMA REIPUBL., § 1. 2.

[5] Const. SUMMA REIPUBL. *de Iustinianeo codice confirmando*. — C'est par la const. TANTA, § 1, et la const. OMNEM REIPUBLICÆ, pr., que nous savons que ce code contenait douze livres.

[6] Const. DEO AUCTORE.

[7] Const. TANTA, § 12 : « .... In tribus annis consummata.... neque id totum decennium compleri sperabatur.... »

[8] Const. TANTA, *de confirmatione digestorum*. — Ce mot *Digesta* vient de *digerere, digerere in partes*, diviser et mettre en ordre ; le mot *pandectæ* de πᾶν et δέχομαι, recueil complet, qui *contient tout*.

[9] L'*index* qui se trouve dans le manuscrit de Florence en compte quarante ; mais il contient plusieurs erreurs. Voici, dans l'ordre alphabétique, les noms des trente-neuf jurisconsultes qui ont fourni des fragments au Digeste : Ælius Gallus, Africanus, Alfenus, Anthianus, Iulius Aquila, Callistratus, Celsus, Charisius, Florentinus, Gaius, Hermogenianus, Priscus Iavolenus, Iulianus, Labeo, Macer, Volusius Mæcianus, Marcellus, Marcianus, Mauricianus, Menander, Modestinus, Neratius Priscus, Papinianus, Papirius Iustus, Paulus, Pomponius, Proculus, Rufinus, Rutilius, Saturninus, Cervidius Scævola, Q. Mucius Scævola, Tarruntenus Paternus, Terentius Clemens, Tertullianus, Tryphoninus, Ulpianus, Aburnius Valens, Venuleius.

ont été réduites dans ces extraits au nombre modeste de cent cinquante mille [10]. — Les Pandectes se composent de cinquante livres et sont divisées en sept parties [11]. Pour le classement des matières, on suivit l'ordre adopté par Salvius Julianus dans l'édit [12]. Quoique, en général, on transcrivît littéralement les passages qu'on recevait, il paraît cependant que souvent on prêta à un ancien jurisconsulte un texte émané de la commission, et il est certain que bien des textes ont été changés et modifiés. On désigne ces changements par le nom d'*Emblèmata Triboniani* [13].

[10] Const. Tanta, § 1. 10. 17.

[11] Justinien donne une raison bien mystérieuse pour justifier cette division. Const. Tanta, § 1. « ... Et in septem partes eos digessimus, non perperam, neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes. « Hugo, *R. G.*, pages 1057-1062 (11e édition), met cette division en rapport avec la distribution des leçons dans les écoles de droit de ce temps.

[12] Nous croyons utile de donner ici une courte analyse d'un intéressant article *sur l'ordre des fragments du Digeste*, que M. Blume a publié dans le journal *Zeitschrift für gesch. R. W.*, t. IV, et dont Hugo a rendu compte dans la Thémis, t. III (p. 246 de l'édit. de Bruxelles). Voici, d'après M. Blume, la marche que les rédacteurs du Digeste auraient suivie dans leur travail : « La commission se divisait en trois sections, à chacune desquelles était assignée une série des livres qui devaient servir à la compilation. La première série comprenait les commentaires sur *Sabinus;* la seconde, ceux sur l'*édit;* la troisième embrassait les ouvrages de *Papinien* et plusieurs *monographies* sur des institutions plus récentes. Chaque section lisait séparément les ouvrages qu'elle avait à examiner d'après un ordre déterminé d'avance; cependant on réunissait quelquefois des ouvrages de séries différentes, quand ces ouvrages traitaient des mêmes matières. Après avoir comparé avec le code de Justinien les extraits ainsi obtenus, on les classait sous une rubrique en suivant la division de ce code, de l'édit ou, en cas de besoin, même celle d'un ouvrage qui avait été mis à profit. (Const. Deo auctore, § 5. 9. – Const. Tanta, § 14.) Enfin on relisait tout ce qui se trouvait sous la même rubrique; on retranchait les répétitions, on faisait disparaître les contradictions et l'on opérait des transferts quand cela paraissait nécessaire. — Les travaux de chaque série ainsi terminés, les sections se réunissaient et procédaient à la composition des Pandectes. On mettait à la tête de chaque titre la série qui avait fourni le plus grand nombre de fragments ou du moins les fragments les plus considérables. Toutefois, on la comparait d'abord avec les deux autres séries, et on y faisait entrer les principes généraux qui se trouvaient dans ces dernières, ainsi que tout ce qui pouvait servir à combler une lacune ou à fournir des explications. Ce qui restait après cette opération dans les deux autres séries était placé à la suite de la première, et il paraît que la série la moins étendue était ordinairement mise à la fin du titre. — Tel est l'ordre que semblent avoir généralement suivi les compilateurs du Digeste. Il y a des exceptions; elles sont même très-fréquentes dans l'arrangement intérieur des séries; mais elles sont très-rares dans la distribution fondamentale, c'est-à-dire d'une série à l'autre, et l'on peut toujours en donner le motif : par exemple, le premier fragment d'un titre est souvent d'une autre série que les suivants, parce qu'il a paru propre à servir d'introduction. C'est ainsi que le Fr. 1, D., *de regulis iuris* 50, 17, n'est pas de Sabinus : il s'agissait de définir ce qu'on entendait par *règle de droit*, et l'on a cru trouver ce qu'on cherchait dans un passage de la seconde série. Souvent aussi un passage qui se trouvait cité dans un autre fragment a été joint immédiatement à celui-ci; enfin, les fragments placés à la fin d'un titre forment quelquefois un appendice. » A l'appui de son système, M. Blume a fait suivre son article de trois tableaux, dont *la Thémis* donne le premier, lequel contient la division en trois séries et indique l'ordre dans lequel les ouvrages de chaque série paraissent avoir fourni des extraits aux différents titres du Digeste.

[13] Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons souvent l'occasion de signaler de pareilles interpolations.

243. En 533, pendant qu'on travaillait au Digeste, Justinien chargea Tribonien, Théophile et Dorothée, ces deux derniers professeurs de droit à Byzance et à Béryte, de la rédaction d'un ouvrage élémentaire destiné à la jeunesse studieuse, mais qui devait avoir le même caractère législatif que les autres parties de son œuvre [14]. Les INSTITUTES [15] furent publiées le 21 novembre 533, un mois avant la promulgation du Digeste; mais l'un et l'autre ouvrage ne reçurent force de loi qu'à partir du 30 décembre 533 [16]. Cette œuvre de Justinien a été presque entièrement calquée sur les Institutes et les *res quotidianæ* de Gaius; on y a fait entrer aussi beaucoup de fragments d'autres jurisconsultes anciens. Pour approprier ce travail aux besoins de la législation nouvelle, Tribonien joignit aux dispositions du droit ancien les dispositions nouvelles des constitutions impériales. Les Institutes sont divisées en quatre livres à l'instar de celles de Gaius.

244. Cependant le code de 529 se trouva n'être plus complet. D'abord, l'empereur même avait fait, avant et pendant la confection du Digeste, une nouvelle collection de cinquante constitutions rendues pour décider des questions ou des procès qui lui avaient été soumis, QUINQUAGINTA DECISIONES [17]. Même après la confection du Digeste et des Institutes, Justinien avait encore introduit quelques changements essentiels. Il se crut donc obligé d'ordonner une nouvelle édition, *repetita prælectio*, de l'ancien code, travail dont il chargea Tribonien avec l'assistance de quatre collaborateurs. Le nouveau *Codex*, qui contient les 50 décisions et quelques autres nouvelles ordonnances, fut alors promulgué le 16 novembre 534, CODEX REPETITÆ PRÆLECTIONIS [18]. L'ancien code fut aboli et disparut entièrement : nous n'en avons plus de traces.

245. Depuis 535 jusqu'à sa mort (565), Justinien rendit encore beaucoup d'ordonnances particulières par lesquelles il modifia des points très-importants de sa législation [19]. Ces nouvelles constitutions sont écrites, partie en grec, partie en latin, dans un style obscur et ampoulé; elles sont connues sous le nom de NOVELLES, *novellæ constitutiones*, νεαραὶ

[14] Const. DEO AUCTORE, § 11. — Const. TANTA, § 11. — Const. IMPERATORIAM MAIESTATEM, (*Proœmium Institutionum*).

[15] INSTITUTIONES, c'est le terme dont se sert Justinien lui-même, comme synonyme de ELEMENTA, suivant l'usage latin. La forme INSTITUTA est affectionnée par les auteurs grecs. THÉOPHILE, *passim*. — Cf. Const. Δέδωκεν (DEDIT), § 11, combinée avec Const. TANTA, *ibidem; IULIANI, epit.*, c. 67, § 241.

[16] Const. IMPERATORIAM MAIESTATEM. — Const. TANTA, § 11.

[17] § 3, I., *de libertinis* 1, 5. — § 16, I., *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur* 4, 1. — L. 1, § 10, C., *de caducis tollendis* 6, 51. — Const. CORDI NOBIS, *de emendatione codicis*, § 1.

[18] Const. CORDI NOBIS, *de emendatione codicis*. — Cf. la *Glose de Turin ad Inst.*, III, 1, 2 « .... sicut libro L constitutionum invenies ».

[19] La première de ces constitutions, *novella* 1, est du 1er janvier 535; la dernière, *novella* 137, date de 564 ou 565.

διατάξεις. Justinien n'en publia aucun recueil; mais bientôt après sa mort on fit une collection de 168 novelles grecques, dont sept postérieures au règne de Justinien [20].

Nous trouvons des renseignements très-complets sur ces travaux dans les constitutions par lesquelles Justinien ordonna la confection des différentes parties de sa collection, ainsi que dans celles qu'il publia à l'occasion de leur promulgation [21].

Ces constitutions, qu'on cite ordinairement par leurs premiers mots, sont :

a) Pour l'ancien code, la Const. Hæc quæ necessario, *de novo codice faciendo* (528), et la Const. Summa reipublicæ, *de Iustinianeo codice confirmando* (529);

b) Pour les Institutes, le *Procœmium* des Institutes qui commence par ces mots : Imperatoriam majestatem (533);

c) Pour le Digeste, la Constitution Deo auctore, *de conceptione Digestorum* (530), et la Const. Tanta (Δέδωκεν), *de confirmatione Digestorum* (533) [22];

d) Pour le code nouveau, la Const. Cordi nobis, *de emendatione codicis domini Iustiniani.*

246. Le but que Justinien s'était proposé en ordonnant ces grands travaux était double. D'abord il voulait favoriser l'étude du droit, en donnant à ceux qui s'y appliqueraient une collection complète de tout ce que renfermaient d'utile les différents ouvrages existants. Ensuite, il avait l'intention de mettre fin à la grande incertitude qui régnait dans toutes les branches de la science. Pour couper court à toute discussion sur la préférence qu'une opinion pourrait mériter sur une autre, il voulut qu'on regardât toute la collection comme son œuvre, et il la revêtit tout entière

[20] Une autre collection, contenant 134 novelles en langue latine, est connue sous le nom de *Corpus authenticum*. Enfin, nous avons un abrégé de 125 novelles, fait par Julien. *Voy*. ci-après, nº 248. — Des 168 constitutions, renfermées dans la grande collection grecque, sept sont des successeurs de Justinien, quatre novelles de cet empereur s'y trouvent deux fois, enfin les quatre dernières pièces du recueil sont des édits généraux de préfets de la ville et du prétoire. Le nombre des novelles justiniennes est donc de 153, plus une qui, portant le nº 41, est empruntée à l'abrégé de Julien. Nous possédons, en outre, treize novelles du même empereur, qu'on appelle *les treize édits* (trois de ces édits se trouvent aussi dans le grand recueil comme *novelles* 18. 111. 112) et la *Pragmatica sanctio* pro petitione vigilii, dont il sera parlé à la note suivante.

[21] La collection de Justinien et ses novelles furent plus tard (554) également rendues obligatoires pour l'Italie. Cela résulte du chapitre 11 d'une constitution de cet empereur, conservée par Julien (p. 358, note 1), et qui, en vingt et un chapitres, traite de différentes matières. On a l'habitude de la citer, d'après les premiers mots du chapitre Ier, sous le nom de *Pragmatica sanctio* pro petitione vigilii. *Voy*. aussi Cassiodore, *Variæ*, IX, 21.

[22] Ces constitutions forment le titre du Code, *de vetere iure enucleando* 1, 17. Quelques éditions du *Corpus iuris* contiennent dans ce titre encore une constitution qui commence par les mots Dedit nobis Deus. Cette pièce n'est autre chose que la traduction latine de la Const. Δέδωκεν, laquelle est la version grecque de la Const. Tanta.

de la sanction impériale [23]. Il était si sûr d'avoir tout fait pour atteindre ce but, qu'il n'hésita pas à déclarer qu'elle ne renfermait pas une seule contradiction [24]. Toutefois, il voulut bien admettre qu'il pût s'y rencontrer quelques passages ambigus et que, dans l'avenir, il pût se présenter des complications non prévues dans la loi [25]. Dans l'une et l'autre de ces deux hypothèses, il ordonna de recourir à la majesté impériale, qui seule est compétente pour faire des lois et pour les interpréter [26].

Afin de prévenir tous les changements ultérieurs dans sa collection, Justinien défendit rigoureusement l'usage des chiffres et des abréviations, et, se souvenant que le nombre des commentateurs avait accablé l'édit, il déclara qu'on punirait comme faussaires les jurisconsultes qui oseraient interpréter ou pervertir le texte de la volonté du souverain [27]. Il permit tout au plus qu'on la traduisît en grec mot par mot, κατὰ πόδα, ou qu'on fît des παράτιτλα, c'est-à-dire des sommaires des différents titres [28].

[23] Const. Tanta, § 19. — Cela n'est dit expressément que pour les trois premières parties de la collection, mais s'applique de fait également au nouveau Code. Il en est de même des trois notes suivantes.

[24] Const. Tanta. §§ 14. 15. « *Contrarium* autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiat : sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiæ querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiæ fines effugientem. » Les jurisconsultes qui se sont occupés du droit romain sont loin d'être d'accord avec l'empereur sur ce point. Lorsque le droit romain était encore en vigueur, les antinomies qui se trouvent dans le *Corpus iuris* faisaient le désespoir des interprètes. Pour les concilier, on doit d'abord examiner la date de la publication des dispositions contradictoires et appliquer le principe que la loi postérieure déroge à la loi antérieure (cf. ci-dessus, p. 215, note 14). Ainsi les *Novelles* l'emportent sur les autres parties, et le Code déroge aux *Pandectes* et aux *Institutes*. Mais, entre ces deux dernières parties, il est difficile de décider, puisque Justinien leur a donné force obligatoire à partir du même jour. Il est impossible de donner une règle générale : on doit se laisser guider par les circonstances particulières de l'espèce. Il en est de même lorsque des contradictions se trouvent dans la même partie de la collection de Justinien.

[25] L'œuvre législative de Justinien a été l'objet de beaucoup de critiques et de beaucoup d'éloges, les unes comme les autres souvent fort exagérés. Si nous nous plaçons au point de vue de l'art juridique, nous sommes forcé de convenir que le travail est des plus imparfaits; mais, d'un autre côté, il n'est pas à méconnaître que, tel qu'il est, il répondait au besoin pratique qui avait engagé l'empereur à l'entreprendre. Ces deux faits admis, on aurait tort d'attacher une grande importance aux défauts de détail que les critiques modernes reprochent à la compilation de Justinien, tels que les répétitions inutiles qui s'y rencontrent assez souvent et qu'on a l'habitude de désigner par le nom de *geminationes* (par exemple : Fr. 81. 85. pr. Fr. 88, D., *de regulis iuris* 50, 17, et Fr. 56, pr. in f. D., *mandati* 17, 1; Fr. 70, D., *de iure dotium* 23, 3; Fr. 127, D., *de verb. obl.* 45, 1) et les étourderies qui ont fait placer des fragments dans un endroit où ils n'ont pas de raison d'être, *leges erraticæ* ou *fugitivæ*, telles que le Fr. 6, D., *de transactionibus* 2, 15, qui n'a aucun rapport avec la matière des transactions, bien que le mot *transigi* s'y trouve par hasard. Quant aux *emblemata* dont il a déjà été parlé ci-dessus, note 15, nous avons certes lieu de les regretter; mais il est évident que les compilateurs ne pouvaient pas laisser intacts des passages qui énonçaient des propositions contraires à la législation du moment.

[26] Const. Tanta, § 18. 21. « ... Hoc ad Imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari. »

[27] Const. Tanta, § 21.

[28] Const. Tanta, § 21. 22.

Il paraît cependant que cette défense ne fut pas rigoureusement observée; car THÉOPHILE, l'un des collaborateurs de l'ancien Code, du Digeste et des Institutes, ne se borna pas à faire une traduction grecque des Institutes, mais il l'accompagna d'un commentaire auquel nous devons beaucoup de renseignements précieux [29]. Le même jurisconsulte écrivit un commentaire sur une partie du Digeste, et l'on cite des travaux analogues sur le Digeste, le Code et les Novelles, faits par DOROTHÉE, professeur à Béryte et collaborateur des Institutes, par STEPHANUS, THALELÆUS, IO. COBIDAS, ANASTASE, THÉODORE, ANATOLE, ISIDORE et plusieurs autres contemporains [30].

De l'enseignement du droit.

247. En énumérant les diverses constitutions publiées par Justinien à l'occasion de son travail législatif, nous n'avons point fait mention d'une ordonnance qu'il adressa, en 533, aux professeurs des écoles de droit de Constantinople et de Béryte [31] et qui figure dans les éditions du *Corpus iuris* comme une préface du Digeste, bien qu'elle ne se trouve dans aucun rapport direct avec cette loi, n'ayant d'autre but que de réglementer les études juridiques. — L'enseignement du droit, qui dans l'époque précédente encore avait été exclusivement libre, ne tarda pas, sous la monarchie absolue, à attirer l'attention de l'autorité. Une loi de Théo-

[29] La première édition du texte grec de la *Paraphrasis* de THÉOPHILE fut publiée par VIGLIUS DE ZUICHEM, à Bâle, en 1534. La meilleure édition, accompagnée d'une traduction latine et de nombreuses notes, est celle de G. O. REITZ. La Haye, 1751. — On a douté que l'auteur de la paraphrase fût le même que le second rédacteur des *Institutes*, et quelques savants ont même pensé que cet ouvrage a dû être composé après les Basiliques, auxquelles l'auteur aurait fait des emprunts; mais il résulte du texte même de la paraphrase qu'elle a été écrite du temps de Justinien. Ainsi, pour ne citer que quelques indices, nous ferons observer que Justinien y est appelé *βασιλεὺς, δεσπότης ἡμέτερος, εὐσεβέστατος*, termes qui ne peuvent s'appliquer qu'à l'empereur régnant, § 11. 14, I., *de usucapionibus* 2, 6. — § 5, I., *de donationibus* 2, 7. — § 2, I. *de bonorum possessionibus* 3, 9 et *passim*. Dans le § 12, I., *de fideicommissariis hereditatibus* 2, 23, il est même question d'une constitution tout *récemment* (*οὐ πρὸ πολλοῦ χρόνου*) publiée par Justinien, *βασιλεὺς ἡμέτερος*, sur la proposition du questeur Tribonien. Cf. § 14, I., *de usucapionibus* 2, 6. Quant aux emprunts prétenduement faits aux *Basiliques*, il est évident que les rédacteurs des *Basiliques* ont puisé dans la Paraphrase de Théophile. — Au reste, à en juger de la rédaction et du titre même du livre que nous possédons, il paraît que c'est plutôt le cahier d'un des élèves de Théophile que l'ouvrage original du professeur même.

[30] De tous ces commentaires nous ne possédons que des fragments épars dont la conservation est particulièrement due aux *scolies* des Basiliques. *Voy.* ci-après, nº 249, note 11.

[31] Const. OMNEM REIPUBLICÆ, *Theophilo, Dorotheo, Theodoro, Isidoro et Anatolio et Thaletæo et Cratino, viris illustribus, antecessoribus, et Salaminio, viro disertissimo, antecessori*. Ces huit professeurs composaient les deux écoles de Constantinople et de Béryte. Rome était à cette époque occupée par les Ostrogoths, ce qui n'empêche pas l'empereur de parler des deux capitales, *regiæ urbes*. *Voy.* le § 7 de la Constitution *citée*. — Le mot *antecessor* a remplacé du temps de Justinien l'ancienne qualification de *professor, legum doctor*. Const. IMPER. MAIEST., § 3. — Const. DEO AUCTORE, § 3. — Const. TANTA, § 9. — LYDUS, *de magistr.*, III, 27. L'expression grecque est *ἀντικήνσωρ, ἐξηγητής*.

dose II (425) ordonna l'installation de deux professeurs de droit auprès des écoles publiques de Rome et de Constantinople [32] qui étaient administrées par les sénats de ces deux villes et dans lesquelles on apprenait depuis longtemps déjà la grammaire, la rhétorique et la philosophie [33]. Les professeurs enseignant dans les écoles publiques recevaient des traitements et obtenaient, après vingt années de loyaux services, le rang de vicaires [34]. Ils jouissaient aussi de divers priviléges, particulièrement de l'exemption de certaines charges publiques : ces avantages cependant n'étaient point limités aux membres du personnel enseignant officiel [35]. Dans les villes provinciales se trouvent également des écoles de droit [36], sans que nous puissions constater si elles étaient publiques ou privées; toutefois l'école de Béryte, déjà célèbre vers le milieu du troisième siècle, paraît avoir été un établissement public [37]. Quoi qu'il en soit, par la constitution dont nous avons parlé plus haut, Justinien défendit, sous peine de dix écus d'or, tout enseignement privé de la science du droit [38] et borna l'enseignement public aux trois écoles de Rome, de Constantinople et de Béryte [39]. La même ordonnance gratifie ces établissements d'un règlement d'études qui témoigne à la fois de la sollicitude paternelle du prince et de l'abaissement de l'esprit scientifique de l'époque [40].

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT †.

248. Peu de temps après la mort de Justinien, Julien, professeur à Constantinople, fit, en latin, un abrégé de 125 novelles, connu sous le

[32] L. 3, Th. C., *de studiis liberalibus urbis Romæ et Constantinop.*, 14, 9.

[33] *Voy.* ci-dessus, page 301, note 73.

[34] L. 1, § 2. L. 11, Th. C., *de medicis et professoribus* 13, 3. — Sanctio pragmat. Iustiniani *pro petitione Vigilii*, c. 22. — L. 17. Th. C., *de medicis et prof.* 13, 3. — L. 1, Th. C., *de professoribus qui in urbe Constantinop.* 6, 21. — L. 1, I. C., *eodem* 12, 15. Cf. Cassiodore, *Variæ*, IX, 21. X, 7, et ci-après, note 38.

[35] *Vatic. fragm.* 150. — Fr. 6, D., *de excusationibus* 27, 1. — Fr. 8. 9. 10, D., *de vacationibus* 50, 2. — Fr. 18, § 30, D., *de muneribus* 50, 4. — L. 1. 3. 5. 10. 11. 16, Th. C., *de medicis et prof.* 13, 3. — L. 1. 6. 11, I. C., *de professoribus* 10, 52 et *passim*.

[36] Particulièrement à Athènes, Césarée, Alexandrie.

[37] Const. Omnem reipublicæ, § 7.

[38] Const. Omnem reipublicæ, § 7.

[39] La constitution citée parle de Béryte et des deux capitales, *regiæ urbes*, bien que Rome appartînt à cette époque aux Ostrogoths. Nous avons vu, au reste, ci-dessus, note 21, qu'après la conquête de l'Italie, Justinien publia sa collection dans ce pays par la Sanctio pragmatica *pro petitione Vigilii*, c. 11. Le chapitre 22 de la même constitution ordonne de continuer à l'école de droit les rétributions que Théodoric n'avait point cessé de lui accorder. Cf. Cassiodore, *Variæ*, IX, 21. Après la prise de Rome par les Langobards, il paraît que l'école fut transférée à Ravenne. Cf. ci-après, n° 254 *in fine*.—Béryte fut, en 654, détruite par un tremblement de terre et un incendie, et ne se releva plus.

[40] Const. Omnem reipublicæ, § 1-6.

† *Voy.* sur cette matière : C. E. Zachariæ, *Historiæ iuris græco-romani delineatio*. Heidelberg,

nom d'*Epitome novellarum* [1]. Vers la même époque, parut aussi une traduction latine des Novelles, qu'on appela dans la suite *Corpus authenticum* pour la distinguer de l'épitome de Julien. C'est le texte de cette traduction qui fut, plus tard, adopté par les glossateurs et appelé *Versio vulgata* [2]. Il y eut encore plusieurs traductions grecques des Institutes, du Digeste et du Code, et, au mépris des ordonnances de Justinien, les jurisconsultes ne manquèrent pas de composer de nombreux commentaires sur ces collections [3].

Les changements inévitables de la législation firent bientôt sentir la nécessité de faire de nouveaux codes.

249. En 740, Léon III et son fils, Constantin Copronyme, publièrent un abrégé de la législation de Justinien, ἐκλογὴ τῶν νόμων, dans lequel les parties qui se rapportent au droit de famille ont subi des changements notables [4]. — Une réforme plus importante fut entreprise par Basile, le Macédonien. Cet empereur publia d'abord (entre 870 et 878) une espèce d'Institutes sous le titre de πρόχειρον τῶν νόμων [5], et conçut ensuite le projet de composer un grand ouvrage dans lequel seraient fondus tous les recueils de Justinien et les lois postérieures. Cet ouvrage, composé de quarante livres et appelé ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων [6], fut remanié par le fils de Basile, Léon VI, dit le Philosophe, et promulgué, en 887, sous le nom de Basiliques, Βασιλικά [7]. Les Basiliques sont divisées en

1839. — I. A. MONTREUIL, *Histoire du droit byzantin.* Paris, 1843-1846. — E. HEIMBACH, *Historia iurisprudentiæ civilis in imperio orientali a Iustiniano usque ad Basilium Macedonem* (formant le tome VI des Basiliques, ci-après, note 9). Leipzig, 1870. — On trouve un aperçu concis et suffisamment complet de l'histoire du droit byzantin dans l'ouvrage de M. ALPH. RIVIER, *Introduction historique au droit romain*, §§ 208-211, pages 437-454.

[1] Cet abregé jouit d'une grande autorité en Occident pendant le moyen âge. Du temps des glossateurs, on lui donnait le nom de *Novella* par excellence. DE SAVIGNY, *Histoire du droit au moyen âge*, t. III, chap. XXXII, n° IV. Cf. ci-après, n°s 254. 260.—Une belle édition de l'*Epitome Iuliani* vient d'être publiée par M. G. HAENEL. Leipzig, 1873.

[2] Cette traduction qui, au reste, ne contient que 134 novelles, est barbare et parfois obscure; mais elle a, en général, le mérite d'être exacte, κατὰ πόδα. Sous les glossateurs, elle remplaça l'abrégé de Julien qui auparavant avait eu la vogue; aussi figure-t-elle dans la plupart des éditions du *Corpus iuris civilis*. Une édition complète et correcte a été donnée de nos jours par G. E. HEIMBACH, *Authenticum. Novellarum constitutionum Iustiniani versio vulgata.* Leipzig, 1846-1851.

[3] Voir les ouvrages cités ci-dessus, note †.

[4] Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη, publiée par ZACHARIÆ, dans sa *Collectio librorum iuris græco-romani ineditorum.* Leipzig, 1852. — Cf. M. MORTREUIL, t. Ier, p. 357.

[5] Ὁ πρόχειρος νόμος, edidit C. E. ZACHARIÆ. Heidelberg, 1837. — L'empereur fit, plus tard, après l'achèvement de son ἀνακάθαρσις (*voy.* la note suivante), une nouvelle édition du *Prochiron*, sous le titre Ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου, dont une édition nous a été donnée par ZACHARIÆ, dans sa *Collectio*, p. 61-127.

[6] *Prochiron*, præf., § 3. — *Epanagoge*, præf., § 1. — ZACHARIÆ, *Hist. delineatio*, § 28.

[7] ZACHARIÆ, *Hist. delineatio*, §§ 29. 30. — MORTREUIL, II, p. 62-267. — HEIMBACH, p. 140 sqq. — Le mot BASILICA signifie probablement « lois impériales », Βασιλικαὶ διατάξεις. Il est possible aussi, quoique moins probable, que le nom ait été donné en l'honneur de l'empereur Basilius.

six parties et contiennent soixante livres [8], dont nous possédons trente-six en entier et sept en partie. Quant aux dix-sept autres, nous n'en avons que des fragments [9]. Cet ouvrage, rédigé en grec, se distingue de la collection de Justinien, qu'il reproduit en très-grande partie, en ce que les différentes sources du droit qu'il renferme (fragments de jurisconsultes et constitutions impériales), ne sont point séparées, mais se trouvent réunies sous les mêmes rubriques, et même confondues avec des règles et des définitions dogmatiques. Il est important pour nous, parce qu'il nous montre comment le droit romain était entendu et appliqué à une époque assez rapprochée de celle de Justinien. Mais ce qui est plus précieux que l'ouvrage même, ce sont les fragments de jurisconsultes anciens (c'est-à-dire, contemporains de Justinien ou quelque peu antérieurs [10]), qu'on y a ajoutés sous forme de notes ou de commentaires, *scholia*. A ces scolies, qu'on a l'habitude d'appeler les anciennes (*παλαιοὶ*, *σχόλια* ou *παραγραφαὶ τοῦ παλαιοῦ* [11]), sont venues se joindre d'autres notes et scolies d'origine plus récente, *νέαι παραγραφαὶ*, qui n'ont guère d'autre mérite que de nous apprendre, par hasard, quelque fait intéressant. Il faut en dire autant des nombreux ouvrages juridiques que l'empire byzantin a produits depuis le sixième siècle [12]. — En dehors des

[8] De la *ἑξάβιβλος* ou *ἑξηκοντάβιβλος*.

[9] Vers le milieu du dix-septième siècle, dix livres seulement avaient été publiés en latin par Hervet, Cujas, Jacques Godefroi, et en grec par Labbé, quand FABROT donna sa belle édition accompagnée d'une traduction latine. Paris, 1647. RUHNKEN et REITZ publièrent ensuite le livre VIII et et les livres XLVIII-LII, tit. I, dans le *Thesaurus* de MEERMAN, t. III, p. 1-44. V, p. 1-104. Après d'autres publications partielles de MM. CH. WITTE et PARDESSUS, M. HEIMBACH a fait paraître une nouvelle édition des *Basiliques*, qui renferme tout ce que nous en possédons, savoir vingt-neuf livres en entier, dix dans un état plus ou moins complet et des fragments de dix-sept autres livres, ainsi que toutes les scolies. Six tomes in-quarto. Leipzig, 1833-1870.

[10] Parmi ces anciens, nous remarquons : STEPHANUS, professeur à Constantinople (ne pas confondre avec l'avocat Stephanus, l'un des collaborateurs du Digeste, ci-dessus, p. 351, note 6), CYRILLE, ATHANASE et un anonyme qu'on appelle habituellement ENANTIOPHANES et que M. Heimbach suppose être JULIEN, l'épitomateur des Novelles.

[11] Quelques auteurs modernes considèrent, sans motifs suffisants, ces scolies anciennes comme ayant fait partie, dès l'origine, de l'édition officielle des Basiliques, à l'instar de l'*Interpretatio* de la loi romaine des Visigoths, ci-après, nº 252.

[12] Parmi ces ouvrages, nous mentionnerons, avant Basile, deux traités, l'un intitulé *αἱ ῥοπαί sive Pseudo-Eustathii liber de temporum intervallis*, l'autre *περὶ ἀγωγῶν καὶ ἐνοχῶν*, *sive de actionibus et obligationibus*. Après Basile, divers extraits des Basiliques sous les titres de *Ἐκλογή* ou *σύνοψις*; un répertoire des Basiliques, connu sous le nom de TIPUCITUS, probablement un terme d'argot des écoles byzantines, de *τι ποῦ κεῖται* « où chaque chose se trouve »; un recueil de décisions, *πεῖρα*; une *σύνοψις τῶν νόμων* en vers, de Michel Psellus, de la moitié du onzième siècle; un manuel, appelé *πόνημα*, par Michel d'Attale de 1072. Des renseignements utiles se rencontrent dans les recueils canoniques, notamment dans les ouvrages de droit civil et de droit canon comparés, intitulés *Nomocanon*, de JEAN D'ANTIOCHE, dit le Scolastique, contemporain de Justinien et de PHOTIUS, le célèbre patriarche de Constantinople, avec ses annotateurs et abréviateurs Zonaras, Balsamon, Blastarès et Harmenopoulos. — *Voy.*, pour les détails, les ouvrages cités ci-dessus à la note †.

travaux législatifs que nous avons mentionnés, les empereurs byzantins, surtout depuis les Macédoniens jusqu'à Andronicus Paléologue (✝ 1327), publièrent un grand nombre de constitutions [13] dont 113, émanées de Léon VI, traduites en latin, se trouvent dans la plupart des éditions du *Corpus iuris* de Justinien.

250. Vers le milieu du quatorzième siècle, Constantin Harmenopoulos écrivit un ouvrage élémentaire sur le droit en six livres, πρόχειρον τῶν νόμων. Ce manuel obtint une autorité égale à celle de la loi; il a formé le droit civil de la Grèce jusqu'à ces derniers temps [14].

Après la prise de Constantinople par les Turcs (1453), le droit en vigueur ne fut pas changé; mais la science du droit tomba tout à fait, et le clergé, qui jouissait de la confiance du peuple, s'érigea peu à peu en autorité judiciaire et législative en fait de droit privé. Depuis la reconstitution de la Grèce, on a essayé (1830) de fonder sur les Basiliques un nouveau système de droit; mais aujourd'hui on penche plutôt vers la législation française, sauf à y introduire les modifications que les circonstances et les mœurs nationales peuvent exiger [15].

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN OCCIDENT ✝.

Le droit romain dans les royaumes barbares.

251. En établissant leur domination sur les ruines de l'empire romain, les barbares, tout en faisant disparaître les hautes magistratures et le système d'administration [1], ne détruisirent cependant pas la législation qu'ils trouvèrent établie. Loin de là, les conquérants qui se succédèrent dans les provinces romaines respectèrent même le droit de ceux qui les avaient précédés, et c'est ainsi que se produisit le fait intéressant qu'on a l'habitude de caractériser par le nom de système du droit personnel, et en vertu duquel, dans le même pays, dans la même ville, les Romains vivaient d'après le droit romain; les Bourgondes, d'après leurs coutumes,

[13] Le recueil le plus complet de ces *novelles* se trouve dans M. Zachariæ, *Ius græco-romanum*. Pars III, 1857.

[14] Éditions par Th. A. Adamæus, Paris, 1540; par G. O. Reitz, dans le *Thesaurus* de Meerman, t. VIII, p. 1-435, et en dernier lieu par M. Heimbach, *Constantini Harmenopuli manuale legum sive hexabiblos*. Leipzig, 1851.

[15] Cf. M. Alph. Rivier, *Introduction*, § 211, p. 449-454.

✝ Cet exposé n'est qu'une rapide analyse de l'*Histoire du droit romain au moyen âge*, par de Savigny, sept tomes. Heidelberg, 1834-1851, 2e édition. Nous avons également mis à profit pour la première partie le tome V de l'ouvrage de M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*. Berlin, 1866.

[1] Ainsi les *rectores* des provinces furent remplacés par les comtes germains; mais l'organisation municipale fut généralement maintenue. *Voy.* les détails et les preuves dans de Savigny, t. Ier, chapitre V.

et les étrangers, d'après les lois de leurs nations respectives [2]. C'est peut-être de cet usage germanique que dérive la disposition du droit anglais qui permet à l'étranger poursuivi criminellement d'exiger que le jury qui doit le juger soit composé par moitié d'individus appartenant à la même nation que lui [3].

Cependant un essai fut fait de fondre les différents droits nationaux en une seule législation commune. Théodoric I[er], roi des Ostrogoths, publia, en 500, un code qui devait être obligatoire pour tous les sujets de l'empire sans distinction, *Edictum Theodorici* [4]. L'édit de Théodoric est presque exclusivement basé sur le droit romain. Il se compose de 154 chapitres très-courts, dont les dispositions sont en grande partie puisées dans les sentences de Paul, dans les codes de Grégorien, d'Hermogénien et de Théodose, ainsi que dans les novelles post-théodosiennes. Mais ces sources ont été changées et modifiées de manière qu'il est difficile d'en reconnaître l'origine [5]. L'édit de Théodoric n'eut qu'une existence éphémère : il dut céder devant la législation de Justinien, après que Narsès eut reconquis l'Italie (553) [6].

Dans les autres royaumes barbares, on fit, vers la même époque, des recueils séparés des coutumes germaniques, *leges Barbarorum,* et des dispositions du droit en vigueur pour les Romains, *leges romanæ.*

252. La plus importante des *leges romanæ* est celle qui fut faite pour le royaume des Visigoths, *lex romana Visigothorum,* communément appelée *Breviarium Alaricianum* [7]. Elle fut composée sur les ordres d'Alaric II, roi des Visigoths [8], par une commission de jurisconsultes sous la direc-

[2] De Savigny, t. I[er], chapitre III. — Ce fait, au reste, qui nous surprend, paraissait bien moins extraordinaire aux contemporains. Les Romains, en effet, n'avaient jamais attribué à la législation un caractère territorial. Jusqu'à Caracalla, les habitants des provinces suivaient leur droit national, et si, après cet empereur, le droit des Quirites s'étend sur l'empire entier, c'est que tous les sujets de l'empire étaient devenus Quirites. Aussi reconnaît-on, dans l'exarchat romain de Ravenne, à chaque habitant la faculté de vivre d'après le droit qu'il choisit. De Savigny, t. I, § 39.

[3] Blackstone, book III, chap. XXIII.

[4] *Edictum Theod. Prolog.* « Ut salva iuris publici reverentia et legibus omnibus cunctorum devotione servandis, quæ *Barbari Romanique* sequi debeant super expressis articulis, edictis præsentibus evidenter cognoscant. » *Epilog.* « Quæ omnium *Barbarorum sive Romanorum* debet servare devotio. » — Cassiodore, *Variæ*, I, 27. III, 13. « Nec permittimus indiscreto (lisez *in discreto*) iure vivere, quos *uno voto volumus vindicare* ». III, 43. « Delectamur iure romano (lisez *Romanorum*) vivere, quos armis cupimus vindicare. » VII, 3. « Comitem..., qui secundum edicta nostra *inter duos* Gothos litem debeat amputare... etiam inter Gothum et Romanum... inter duos autem Romanos.... : ut unicuique sua iura serventur et sub diversitate iudicum una iustitia complectatur universos ». VIII, 3. « Gothis Romanisque apud nos ius esse commune ». — De Savigny, t. I, §§ 39 sqq.

[5] *Voy.*, pour les éditions de l'édit de Théodoric, ci-dessus, p. 19, note 18.

[6] *Voy.* ci-après, notes 17 sqq.

[7] Ce nom n'est pas ancien; il date du xvi[e] siècle. — *Voy.*, en général, sur la *lex romana Visigothorum*, de Savigny, t. II, chap. VIII.

[8] Quelque temps auparavant, le roi Euric, père d'Alaric II, avait fait confectionner et publier une *lex Barbara Visigothorum.*

tion de Gojaric, comte du palais, lequel la publia comme loi après qu'elle eut été approuvée, en 506, par une assemblée d'évêques et de notables laïques, tenue à Aire en Gascogne. Il en fut envoyé à chaque comte du royaume une expédition officielle, contre-signée et certifiée par Anianus, référendaire du roi [9]. Les expéditions étaient accompagnées d'un rescrit, *commonitorium*, qui exposait l'origine du recueil et en prescrivait l'usage exclusif sous les peines les plus sévères. La loi romaine des Visigoths contient les deux catégories de sources que nous avons distinguées ci-dessus (nº 235). 1º *Leges*, c'est-à-dire un très-grand nombre de constitutions impériales du code Théodosien et des novelles de cet empereur et de ses successeurs; 2º *Ius*, c'est-à-dire les écrits des jurisconsultes. Dans cette dernière partie se trouvent les Institutes de Gaius, les sentences de Paul, les codes de Grégorien et d'Hermogénien, et un fragment des *Responsa* de Papinien. Les rédacteurs du *Breviarium* ont voulu abréger et expliquer les textes, mais sans y rien changer. Les explications sont renfermées dans une *interpretatio* qui suit le texte [10]. Quant aux Institutes de Gaius, elles sont refondues en entier, et les changements nécessaires ont été insérés dans le texte même, ce qui rendait tout commentaire superflu pour cette partie de la collection [11]. — Le code d'Alaric fut snivi en Espagne jusque vers le milieu du septième siècle, époque à laquelle les rois visigoths Chindeswinde et Reciswinde firent rédiger un code des lois visigothes pour tous leurs sujets sans distinction d'origine [12]. En France, le *Breviarium* resta en vigueur, sous les rois de la première race, dans les provinces conquises sur les Visigoths.

253. Quelque temps après le *Breviarium* (entre 517 et 536), Gondebaud, roi des Burgondes (ou Sigismond son fils), fit également faire un recueil de droit romain à l'usage de ses sujets, *lex romana Burgundionum*, communément appelé *Papiani responsum* ou le *Papien* [13]. Les rédacteurs

[9] C'est pourquoi ce code est souvent appelé *Breviarium Aniani,* quoiqu'il soit bien certain qu'Anianus n'en est pas l'auteur.

[10] Dans les manuscrits du *Breviarium,* on trouve souvent encore une *interprétation* nouvelle, ajoutée ou substituée à l'ancien commentaire et une *glose interlinéaire.*

[11] *Voy.* ci-dessus, p. 16, note 3, et p. 19, nº 4. Il n'existe que deux éditions de la loi romaine des Visigoths, l'une très-incomplète de Sichardus, *Codicis Theodosiani libri XVI, quibus sunt ipsorum Principum adiectæ Novellæ.* Bâle, 1528; l'autre, aussi complète que possible et faite avec le plus grand soin par M. Haenel, *Lex romana Visigothorum.* Leipzig, 1849.

[12] Ce code, originairement rédigé en langue latine et bientôt traduit en espagnol sous le titre de Fuero Juzgo, *Forum iudicum,* forme la base du droit national de la péninsule Ibérique. *Voy.* encore ci-après, nº 258.

[13] Voici comment de Savigny, t. II, chap. VII, explique l'origine de cette bizarre dénomination : « Tous les manuscrits complets du *Breviarium* se terminent par un petit fragment du *Papiniani lib. I responsorum.* Or les manuscrits du *Breviarium* portent toujours *Papianus* au lieu de *Papinianus* à cet endroit même, ainsi qu'à d'autres passages. Cujas, trouvant un manuscrit complet du *Breviarium* à la suite duquel venait la loi romaine des Bourgondes sans interruption et sans nouveau titre, prit cette dernière pour le supplément du *Papiniani lib. I responsorum,* dont le

de cette collection ont aussi puisé aux sources romaines, qu'ils ont cependant modifiées et fortement altérées. Elle se compose de quarante-sept titres rangés dans un ordre conforme à celui qui est observé dans la loi barbare des Burgondes [14]. Après la chute du royaume des Burgondes (536), elle tomba peu à peu en désuétude, et fut de fait remplacée par le *Breviarium Alaricianum.*

254. Les Francs et les Langobards n'eurent pas besoin de faire des lois romaines, parce qu'ils trouvaient, dans les territoires dont ils firent la conquête, les collections d'Alaric [15] et de Justinien. Cet empereur avait, en effet, publié sa législation en Italie aussitôt que les victoires de Narsès lui eurent reconquis ce pays [16]. Elle y resta en usage [17] et nous trouvons sous le règne des Langobards quelques travaux scientifiques qui s'y rapportent, notamment des *scolies* sur l'abrégé de Julien et des *gloses* sur les Institutes, qui ont été découvertes à la bibliothèque de Turin [18]. Plus

texte ne se compose en réalité que de quelques lignes. Le nom de *Papianus,* qu'il lisait dans le manuscrit, lui parut être celui d'un jurisconsulte inconnu, auteur de tout le recueil. Ainsi le passage de Papinien forme le premier titre de l'édition qui se trouve à la suite du Code Théodosien. Lyon, 1866. Depuis, Cujas reconnut son erreur, mais le livre conserva le nom de *Papiani liber responsorum* ou *Papiani responsum.* » — L'explication de M. DE SAVIGNY est, au fond, plus que probable; mais la méprise remonte plus haut qu'à Cujas; des manuscrits des dixième et onzième siècles appellent déjà ce recueil *Capitula Papiani libri responsorum, Papianus lib. I responsorum*

[14] La première édition du *Papien* est de CUJAS, 1566. Il se trouve également dans les recueils de SCHULTING et dans le *Ius civile anteiustinianum* de Berlin. L'édition la plus complète en a été publiée par M. BARKOW, Greifswald, 1826.

[15] On a trouvé dans ces pays divers extraits du Code d'Alaric, parmi lesquels nous signalons les suivants : 1° un abrégé fait en France au huitième siècle et publié par PETRUS ÆGIDIUS, *Summæ legum sive Argumenta legum diversorum imperatorum.* Anvers, 1517 ; — 2° un abrégé, probablement fait dans les Grisons et qu'on nomme habituellement *Codex* ou *Lex romana Utinensis,* par la raison que l'un des manuscrits de ce travail a été trouvé dans la ville d'Udine ; — 3° un recueil contenant le Code Théodosien, moins le premier livre, et les novelles théodosiennes et post-théodosiennes, ainsi qu'une compilation de Gaius et Paul, qui forme l'appendice d'un ouvrage de GUILLAUME DE MALMESBURY, *Abbreviatio de gestis imperatorum.* — Tous ces abrégés, ainsi que cinq autres, faits en France, se trouvent dans l'édition de M. Haenel.

[16] *Voy.* ci-dessus, n° 245, note.

[17] M. DE SAVIGNY a recueilli et publié dans son ouvrage, t. II, chap. XII-XV, et Appendice II, un grand nombre de faits qui établissent à toute évidence que le droit romain et particulièrement la législation de Justinien continuèrent d'être suivis en Italie. Nous nous bornons à rapporter les faits suivants : un testament de l'an 552, dont l'original est conservé, porte la date du règne de l'empereur, comme Justinien l'avait prescrit en 527 par la *Nov.* 47, c. 1, tandis que les testaments d'une date antérieure ne contiennent pas cette mention. Charlemagne punit les Romains rebelles « secundum legem romanam : ut maiestatis rei capitis damnati sunt. » Le pape Léon IV prie l'empereur Lothaire de vouloir maintenir le droit romain, « sicuti hactenus romana lex viguit. » En 855, l'empereur tient à Rome une cour de justice et juge suivant la loi romaine, etc.

[18] Ces gloses, *glossa Taurinensis* (qui doivent être antérieures à 554, car elles ne connaissent pas la *Nov.* 115 ; à propos de quoi nous ferons observer qu'aux n°s 209 et 210 la virgule, que de Savigny place après *habet*, doit être placée après *modo*), se trouvent dans l'Histoire de DE SAVIGNY, tome II, Appendice I. Depuis, elles ont été publiées de nouveau par M. le comte F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana,* t. 1er, appendice. Turin, 1840, et tout récemment par M. KRÜGER dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte,* 1868, p. 44.

tard encore, et même hors de l'Italie, le corps de droit de Justinien fut appliqué et étudié. Un manuscrit, probablement du neuvième siècle [19], contient un abrégé des huit premiers livres du code; d'autres manuscrits nous ont conservé deux traités peu importants, intitulés *Dictatum de consiliariis* et *Collectio de tutoribus* [20] et un glossaire ou manuel élémentaire qu'on appelle *Epitome exactis a civitate romana* [21]. Un ouvrage plus intéressant de la même époque, connu sous le nom de *Brachylogus*, ou *Corpus legum*, contient un exposé systématique du droit romain d'après les Institutes de Justinien [22]. Un livre du commencement du onzième siècle, destiné à faciliter l'application des lois barbares et intitulé *Quæstiones ac monita*, renferme des passages tirés des Institutes, du code et de l'abrégé de Julien [23]. Enfin il est possible que l'on doive attribuer encore au onzième siècle [24] un abrégé de droit romain en quatre livres (des personnes, des contrats, des délits, de la procédure), qui a été fait dans le territoire de Valence en Dauphiné et est appelé PETRI *exceptiones legum* [25]. Les actes et les formules d'actes qui nous ont été conservés de cette époque trahissent l'influence de la législation romaine [26], et des emprunts nombreux aux diverses parties du *Corpus iuris* se rencontrent dans les livres et autres publications des membres du clergé, même en dehors de la péninsule italique [27]. Enfin nous trouvons à Ravenne une école de droit

[19] Découvert à Pérouse par NIEBUHR, et publié par M. HEIMBACH, *Anecdota*, 1840.

[20] Ces deux traités ont été publiés par PITHOU dans son édition de la *Lex Dei s. Mosaicarum et romanorum legum collatio*. Cf. ci-dessus, p. 18, nº 8. — DE SAVIGNY, t. II, chapitre XIV.

[21] Le nom vient des premiers mots du livre : « Exactis a civitate romana regibus constituti sunt duo consules *rel.* » Publié d'abord sous le titre *Epitome iuris civilis*. Paris, 1582; ensuite comme appendice à une édition de PAUL, Bourges, 1595, etc.

[22] DE SAVIGNY, t. II, chap. XIV. Ce livre, qui est postérieur à Louis le Débonnaire, sans qu'il soit possible de lui assigner une date certaine, a eu les honneurs de sept éditions, et même de huit, si nous comptons l'édition des Institutes de Lyon, *apud Sennetonios*, 1549, où il figure comme appendice sous le titre *Corpus legum per modum institutionum*. C'est sous le même titre qu'il figure dans la première édition séparée de Louvain, 1551; la seconde édition porte le titre *Brachylogus totius iuris civilis s. Corpus legum*. Lyon, 1553. La dernière a été donnée par M. BÖCKING, *Corpus legum s. Brachylogus iuris civilis*. Berlin, 1829.

[23] DE SAVIGNY, t. II, chap. XIV. L'opuscule est reproduit dans WALTER, *Corpus iuris germanici*, t. III, p. 756.

[24] Aujourd'hui on est disposé à attribuer l'ouvrage de PETRUS à la fin du douzième siècle. Mais par l'esprit et par la méthode il appartient évidemment plutôt à notre époque qu'à celle des glossateurs.

[25] DE SAVIGNY, t. II, chap. IX. La première édition de PETRI *exceptiones* (i. q. *excerptiones*) a paru, en 1500, à Strasbourg. Une nouvelle édition, faite par M. BARKOW, forme l'appendice II du tome II de l'ouvrage de M. De Savigny.

[26] *A*) ACTES. Voir MARINI, *I papiri diplomatichi*. Rome, 1805. Un certain nombre des actes publiés dans cet intéressant recueil ont été reproduits par SPANGENBERG, *Tabulæ negotiorum solemnium*. Leipzig, 1822. — *B*) FORMULES D'ACTES, surtout les *formules de Marculf*, publiées par BIGNON, *Marculfi monachi aliorumque auctorum formulæ veteres*, Paris, 1613-1665, et reproduites dans les recueils de droit barbare ou germanique.

[27] DE SAVIGNY, t. II, chap. XV. Nous nous bornons à citer ici pour la France la constitution du

qui était probablement la continuation de celle de Rome, et vers le milieu du dixième siècle apparaît à Pavie une autre école où l'on enseignait le droit romain et le droit lombard [28].

Les Glossateurs. — Les Bartolistes ou commentateurs.

255. Le droit romain était donc pratiqué et étudié en Europe; l'autorité du clergé, qui pendant longtemps l'affectionna de préférence aux lois barbares, lui fit même partiellement trouver accès dans des pays qui n'avaient jamais été soumis à la domination romaine [1]. Mais dans cette époque de confusion, nous ne trouvons presque pas de traces de l'influence qu'il aurait exercée. Tout à coup, au douzième siècle, il se réveille de cette langueur. Une brillante école de jurisconsultes se forme en Italie, et son ascendant intellectuel finit par soumettre la plus grande partie de l'Europe à la domination de la législation romaine. Cet éclat dont le droit romain brille à cette époque doit être attribué au développement rapide des républiques d'Italie. Pendant des siècles, ce malheureux pays avait dû subir les conséquences funestes des invasions étrangères. Vers la fin du dixième siècle, il se releva; le commerce fit des progrès étonnants, et bientôt nous y trouvons une prospérité dont l'histoire présente peu d'exemples. Ce développement matériel dut nécessairement provoquer le développement de la science qui se lie intimement aux opérations journalières de la vie sociale [2].

256. Vers 1100, Irnerius de Bologne, professeur de grammaire en cette ville, commença à enseigner le droit romain [3]. Il attira par l'éclat de

pape Jean VIII, sur la peine du sacrilége, au concile de Troyes (878), dans laquelle est citée la L. 13, 1. C., *de episcopis et clericis* 1, 3 (Canciani, t. IV, p. 202), et l'évêque Ives, de Chartres, † 1115, qui, dans ses ouvrages et particulièrement dans son *Decretum,* invoque très-souvent des textes empruntés aux quatre parties de la législation de Justinien.

[28] De Savigny, t. I, chap. VI, III, § 158. IV, §§ 1. 2.

[1] De Savigny, t. II, chap. XV.

[2] Autrefois, on croyait généralement que le droit romain avait entièrement disparu pendant la première partie du moyen âge, et qu'il avait dû sa rénovation à une ordonnance de l'empereur Lothaire II. On fondait surtout cette opinion sur une légende qui se rapporte au célèbre manuscrit des Pandectes, connu sous le nom de *Pandectes Florentines.* Ce manuscrit aurait été pris dans la ville d'Amalfi par Lothaire II, lequel en aurait fait présent aux Pisans, ses alliés, pour les récompenser des services qu'ils lui avaient rendus. Pour donner plus de valeur à son cadeau, l'empereur aurait en même temps accordé force obligatoire au droit romain. Ce récit est évidemment une fable inventée peut-être deux siècles après l'événement auquel elle se rattache. De Savigny, t. III, chap. XVIII sq. — Cependant le manuscrit se trouvait à Pise du temps des glossateurs, qui en citent les leçons sous le nom de *littera Pisana.* Par suite de la conquête de Pise, en 1402, il vint à Florence, où il est conservé encore aujourd'hui avec un soin religieux. C'est le plus célèbre manuscrit des Pandectes, datant probablement du septième siècle, et il surpasse tous les autres par la correction du texte. — *Voy.* ci-après, note 9, et, en général, de Savigny, t. III, chap. XXII. — Berriat Saint-Prix, *Histoire du droit romain,* p. 232 et suivantes.

[3] Avant Irnerius, vers la fin du onzième siècle, un échevin de Bologne, du nom de Pepo, y avait

ses leçons de nombreux élèves et donna naissance à l'école des glossateurs. Ce nom leur vient de la méthode qu'ils suivaient dans leurs travaux exégétiques. Ils avaient l'habitude d'ajouter au texte du *Corpus iuris* des explications qui se rapportaient soit à un mot, soit à une phrase entière. Ces notes, *glossæ*, étaient ou intercalées dans le texte, *glossæ interlineares*, ou écrites en marge du livre, *glossæ marginales*.

A l'exemple de Bologne, d'autres écoles ou universités se formèrent bientôt tant en Italie que dans les autres pays de l'Europe [4]. Ces institutions étaient libres et ne devaient, en général, leur origine à l'intervention d'aucun pouvoir [5]. Partout où un professeur parvenait à réunir un certain nombre d'élèves, ceux-ci se constituaient en corporation, *universitas*, qui se régissait d'après ses propres statuts. Du moins nous trouvons cette organisation démocratique à Bologne et dans les universités qui s'établirent par la suite en Italie, en Espagne et en France. A Paris, au contraire, l'*universitas* se composait du corps professoral, et cette organisation prévalut en Angleterre et en Allemagne [6].

257. La réputation qu'Irnerius avait donnée à l'école de Bologne ne fit que s'accroître sous ses successeurs. Parmi eux brillent au premier rang Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus de Porta Ravennate, Hugo de Alberico, connus sous le nom des *Quatre Docteurs* [7]. Mais depuis le commencement du treizième siècle, on remarque dans la science du droit une décadence sensible : les jurisconsultes ne créent plus, ils se bornent à réunir et à arranger les travaux de leurs prédécesseurs [8]. Fr. Accursius (1260)

déjà interprété la loi romaine, mais la grande réputation de l'école de Bologne date d'Irnerius. De Savigny, t. III, chap. XXII; t. IV, chap. XXVI.

[4] En Italie, nous avons à signaler avant le seizième siècle, outre la célèbre école de médecine qui florissait à Salerne, les universités de droit suivantes : Padoue, 1222; Naples, 1224; Pérouse, 1226; Verceil, 1228; Ferrare, 1241; Rome avant 1277; Pise, 1338; Pavie, 1361; Turin, 1412. Pour les autres pays, *voy.* ci-après, notes 13. 18. 22.

[5] En 1158, l'empereur Frédéric Ier consacra par une ordonnance cet état de choses qui s'était établi spontanément, en reconnaissant à ceux *qui causa studiorum peregrinantur, scholaribus et maxime divinarum atque sacrarum legum professoribus*, de n'être justiciables que de leur *dominus* ou *magister*, ou bien de l'évêque de la ville qu'ils habitent, à leur choix. Auth. *Habita* C., *ne filius pro patre* 4, 13.

[6] Originairement, le mot *universitas* signifie donc tout simplement la corporation formée par les étudiants ou par les professeurs, selon le régime de l'association. Les écoles considérées comme établissements d'instruction s'appellent *studia;* et pour désigner une institution d'enseignement supérieur, on se sert particulièrement du mot *studium generale*, c'est-à-dire école dont l'autorité est reconnue partout. De Savigny, t. III, chap. XXI.

[7] On attribue à Irnerius un distique dans lequel les quatre docteurs sont appréciés de la manière suivante :

Bulgarus os aureum, *Martinus* copia legum,
Mens legum est *Hugo*, *Jacobus* id quod ego

[8] Nous transcrivons ici, en suivant l'ordre alphabétique, les noms des principaux glossateurs, en ajoutant à leurs noms les chiffres par lesquels ils sont ordinairement désignés dans les ouvrages de leur époque, et particulièrement dans la grande glose : Accursius (Ac. Accu.), † vers 1260, et

analysa les ouvrages des plus célèbres glossateurs et fit, au moyen de cette compilation et de ses propres annotations, un commentaire complet, appelé la Grande Glose, *glossa ordinaria*, *glossa Accursiana* [9]. Ce travail manque de critique, et nous y trouvons beaucoup d'inexactitudes et d'altérations, ce qui n'a pas empêché Accurse d'acquérir une réputation très-grande [10]. Sa glose obtint une autorité immense, même en dehors de l'Italie, et ce fut elle qui assura au droit romain l'empire qu'il a exercé et qu'il exerce encore aujourd'hui dans la majeure partie de l'Europe.

258. La législation de Justinien ne tarda pas, en effet, à être reçue dans les empires les plus puissants de l'époque. — Dans la péninsule Ibérique, le code national du Fuero Juzgo n'avait puisé qu'au Breviaire d'Alaric [11]. Mais le Fuero real et les Siete Partidas, composés pour l'Espagne sous Alphonse X, vers le milieu du treizième siècle, ont déjà subi l'action du droit de Justinien, qui agit également sur le Portugal [12]. Dans les deux pays, l'influence des universités, établies d'après le modèle de Bologne [13], finit par faire attribuer aux opinions des docteurs italiens

ses fils, Albericus de Porta Ravennate (A. Al. Alb.), † 1194; Aldericus (Ald.); Azon, † vers 1230; Jo. Bassianus (B. Jo. Job.); Bulgarus (B. Bu.), † 1166; Cyprien (Cy. Cip.); Henricus de Baila (Yr.), † après 1170; Hugo de Porta Ravennate (U. Ug. Ugo), † entre 1168 et 1171; Hugolinus de Presbyteris (H.); Jacobus de Ardizone (Ar.); Jacobus Balduini, (Ia. Bal.) † 1235; Jacobus de Porta Ravennate (Ia. Iac.), † 1178; Irnerius (I. Ir. G. Guar. Y.); Lanfranc (La. Lan.), † 1229; Lotharius (Lot.); Martinus Gosia (M. Ma. M. G.), † 1165; Odofredus, † 1265; Pillius (Pi. Py.), † 1208; Placentinus (P.), † 1192; Roffredus (R. Ro.), † 1243; Rogerius (R. Rog.), † 1192; Tancredus, † vers 1236; Wilhelmus de Cabriano (W. V. ou G. de Ca.). On peut joindre à ces noms ceux de Vacarius (Vac.), originaire de la Lombardie et élève de Bologne, qui, vers le milieu du douzième siècle, enseigna le droit romain à Oxford, et fit un extrait du Digeste et du Code en neuf livres, sous le titre : *Liber ex universo enucleato iure excerptus et pauperibus præsertim destinatus*, et de Burgundio, † 1194, à qui l'on attribue la traduction latine de plusieurs passages grecs du Digeste, accueillie dans la Vulgate.

[9] Les éditions glosées du *Corpus iuris* contiennent, outre le commentaire d'Accurse, des *Casus*, c'est-à-dire de courts exposés des questions qui se trouvent traitées dans les paragraphes, fragments et constitutions auxquels le commentaire se rapporte. C'est dans les écrits de Vivianus Tuscus, contemporain d'Accurse, qu'on a pris les *casus* du Code et des deux premières parties du Digeste; ceux du *Digestum novum* sont de François Accurse fils; ceux des Institutes, de son frère Guillaume.

[10] On accuse ordinairement Cervottus, fils d'Accurse et professeur à Padoue, d'avoir ajouté des notes fort stupides aux gloses de son père, et le mot *glossæ Cervinæ* ou *Cervottinæ* a même passé en proverbe pour désigner une sotte observation. Mais, d'après le jugement de De Savigny, les reproches adressés au fils ne sont pas plus mérités que l'admiration qu'on a vouée au père.

[11] *Voy.* ci-dessus, page 362, note 12.

[12] Le Fuero Juzgo demeura, même après la séparation (1095), le droit national du Portugal. Les ordonnances des rois portugais se ressentent de l'influence du droit canon et du droit de Justinien. Sous Alfonse III (1245-1279), nous trouvons un manuel de droit romain en langue portugaise, tiré des Institutes et des Pandectes, et vers le milieu du quatorzième siècle, le droit de Justinien était prédominant, surtout grâce à l'influence du jurisconsulte Jean de Regras, disciple de Bartole. *Voy.* ci-après, notes 14 et 34.

[13] En Espagne d'abord Palencia, fondée entre 1208 et 1212, ensuite Salamanque, 1250, Lérida, Valladolid, Alcala, et peut-être Valence. — En Portugal, Coimbre, fondée en 1288 et Lisbonne, 1290.

une autorité égale à celle de la loi [14]. — Dans le midi de la France, où le droit romain n'avait jamais cessé d'être prédominant [15], l'école des glossateurs reçut l'accueil le plus sympathique. Vers la fin du douzième siècle, Placentin, son disciple Pillius et Azon enseignèrent à Montpellier [16], et au commencement du siècle suivant, l'étude des lois de Justinien avait pris, à l'université de Paris, un développement si grand, que le pape Honorius III, par un sentiment de sollicitude jalouse pour les études canoniques, défendit, en 1220, l'enseignement du droit romain dans cette école [17]. Malgré cette prohibition, qui, au reste, se borna à la ville de Paris, les chaires de droit civil romain se multiplièrent dans les nombreuses universités qui furent créées dans les diverses parties du pays [18], et les dispositions de la législation de Justinien pénétrèrent avec une force irrésistible dans la pratique [19]. — En Angleterre, l'on subit aussi, dans

[14] Après que Jean II eut défendu aux avocats d'invoquer les docteurs du droit romain, Ferdinand et Isabelle rendirent, en 1499, à Madrid, une ordonnance donnant autorité légale aux opinions de Bartole et de Balde. Il est vrai que cette ordonnance fut révoquée par les mêmes dans les *Leyes de Toro,* que leur fille Jeanne publia en 1505.

[15] C'est pourquoi cette partie du royaume fut appelée *pays de droit écrit,* en opposition aux autres parties, où les coutumes germaniques avaient prévalu, *pays de droit coutumier.* Ces termes se trouvent pour la première fois dans des lettres patentes de Louis IX (1250); mais le fait est déjà signalé dans Petri *exceptiones,* II, 21, et même antérieurement dans les capitulaires de Charles le Chauve. *Edictum Pistense,* c. 16. « In illa terra in qua iudicia secundum legem romanam terminantur.... et in illa terra in qua iudicia secundum legem romanam non iudicantur. » Cf. *ibidem,* 13. 16. 23. — Klimrath, *Histoire du droit public et privé de la France,* § 161 (t. I, p. 349). — M. Laferrière, *Histoire du droit français,* t. IV, p. 356 sqq.

[16] De Savigny, t. IV, chap. XXX. — M. Laferrière, t. IV, p. 343 sqq.

[17] Le pape donne comme raison : « Quia in Francia et nonnullis provinciis laici romanorum imperatorum legibus non utuntur. » — Cette singulière défense ne fut pleinement levée qu'en 1679. Cependant le parlement, en 1568, permit provisoirement d'enseigner le droit romain, et autorisa même, en 1576, Cujas à donner des degrés académiques. Berriat Saint-Prix, *Histoire du droit romain,* p. 598. — De Savigny, t. III, chap. XXI, nº 11. — M. Laferrière, t. IV, p. 328 sqq.

[18] L'école de droit de Montpellier existait déjà vers la fin du douzième siècle. (*Voy.* ci-dessus, note 16.) L'université de Paris, dont l'origine se trouve dans une école de théologie et de philosophie antérieurement établie, reçut, en 1200, le privilége d'une juridiction spéciale par Philippe-Auguste. Ensuite de la décrétale d'Honorius III (*voy.* ci-dessus, note 17), il se forma une université de lois à Orléans. L'université de Toulouse fut fondée en 1233 : elle eut, au treizième siècle, comme professeurs célèbres, Jacobus a Ravanis, † 1296; et Pierre Belperche (a bella Pertica), † 1308. Aux quatorzième et quinzième siècles furent créées Avignon, 1303; Cahors, 1322; Perpignan, 1349; Orange, 1365; Aix, 1409; Poitiers, 1431; Angers, 1452; Caen, 1452; Valence, 1452; Nantes, 1460; Rennes, 1460; Bourges, 1464; Bordeaux, 1473.

[19] Un abrégé de la procédure romaine, vulgairement nommé Ulpianus *de edendo,* par la raison que le commencement du livre est tiré d'un texte d'Ulpien, doit avoir été composé au douzième ou au treizième siècle. Il y a des traductions françaises de diverses parties du *Corpus iuris* dès le commencement du treizième siècle. Le *Livre de la Reine Blanche,* qui date du milieu de ce siècle, contient la traduction de deux livres des Institutes; et le *Conseil que Pierre Defontaines donna à son ami* (ouvrage qui fait partie du *Livre de la Reine Blanche* et dont une excellente édition a été publiée par M. Marnier, Paris, 1846), renferme de nombreux extraits du *Corpus iuris.* L'influence du droit de Justinien est très-sensible dans le *Livre de Justice et de Plét* (publié par M. Rapetti, Paris, 1850), et se remarque également dans *de Beaumanoir* et dans la somme rurale de *Bo*

les premiers temps, l'impulsion donnée par l'Italie et par la France, mais le mouvement s'y arrêta bientôt [20]. — Enfin, en Allemagne et dans les Pays-Bas, le droit national réagit pendant longtemps contre l'invasion de la législation étrangère [21]; cependant, vers la fin de notre époque, le droit romain était reçu, au moins comme droit subsidiaire, dans la plupart des pays de l'empire germanique. Bien que l'influence des empereurs, qui tenaient à se poser comme les continuateurs des Césars romains, eût quelque part dans ce résultat, il fut pourtant principalement dû à la doctrine qui, importée d'abord d'Italie, se développa ensuite, dans les universités fondées depuis le milieu du quatorzième siècle [22], toujours sous l'impulsion des légistes italiens. En Allemagne, comme ailleurs, les glossateurs jouissaient d'une autorité absolue, et dans la pratique, la glose était placée au-dessus de la loi même [23].

259. On est bien revenu depuis de cette admiration pour les glossateurs. On leur a reproché leur ignorance en histoire, l'absurdité et le mauvais goût de leurs explications et de leurs exemples, la barbarie de leur style [24]. Cependant ces reproches sont au moins exagérés. D'abord, il est

teiller. Cette tendance fut aussi puissamment aidée par le célèbre canoniste Guillaume Duranti, du Languedoc, qui mourut archevêque de Ravenne, en 1296, et dont le *Speculum iuris* exerça une grande influence sur la pratique judiciaire. — *Voy.*, sur cette question, entre autres : Klimrath, t. II, p. 1-54. — De Savigny, t. IV, chap. XXXVI; t. V, chap. XLV, nos 16. 17; t. VI, chap. XLVIII; t. VII, p. 93 sqq. — M. Laferrière, t. IV, p. 285-396.

[20] Au douzième siècle, Guillaume de Malmesbury, † 1142, fit un extrait de la loi romaine des Visigoths. Cf. ci-dessus, p. 363, note 15. Vacarius, qui enseigna à Oxford vers le milieu du douzième siècle, appartient à l'école des glossateurs. *Voy.* ci-dessus, note 8.

[21] Les empereurs allemands invoquent déjà, au commencement du treizième siècle, des dispositions du droit romain. Des traces de cette législation se trouvent, en 1220, dans des diplômes rédigés par des chanoines de Tournai. La procédure instruite par l'empereur Rodolphe Ier contre le comte Gui de Flandre, en 1281, mentionne l'*Interdictum unde vi. Voy.* Warnkönig, *Histoire de Flandre*, t. III, p. 5-8, et *Documents*, nos 78. 94. 95. — J. Bergh et Heylen, dans les *Mémoires couronnés de l'Académie de Bruxelles*, 1782. — Arntzenius, *Institutiones iuris Belgici*, p. 20-38.

[22] En 1426, le duc Jean IV fonda l'université de Louvain. Les universités allemandes créées avant le seizième siècle sont celles de Prague, 1348; Vienne, 1355; Heidelberg, 1386; Cologne, 1388; Ingolstadt, 1410; Rostock, 1415; Mayence, 1441; Greifswald, 1456; Bâle, 1459; Fribourg, 1460; Tubingue, 1477.

[23] « Sicut antiqui adorabant idola pro Diis, ita advocati (et etiam iudices) adorant glossatores pro evangelistis, » disait, au milieu du quinzième siècle, Raphaël Fulgose. Berriat Saint-Prix, p. 297 sq. Aussi, dans les pays où le droit romain est encore en vigueur, les passages du *Corpus iuris* non glosés ne sont pas considérés comme ayant force de loi. *Quod non adgnoscit glossa, id nec adgnoscit curia.*

[24] On trouve de nombreux passages à l'appui de ces reproches dans l'*Histoire du droit romain* de Berriat Saint-Prix, pages 288 et suiv. Voici encore quelques échantillons. Le nom de la loi Furia Caninia pourrait venir de *canis*, parce que l'homme qui ne peut affranchir ses esclaves par testament ressemble à un chien qui ne veut laisser approcher personne de sa botte de foin, quoique lui-même ne puisse en tirer aucun avantage : *sic nec sibi* (*homo*) *poterat tenere servos, quia moriebatur.* Gl. ad tit. I., *de lege Furia Caninia tollenda* 1, 7. — Justinien était contemporain de Jésus-Christ. Gl. ad *Nov.* 47, c. 1. — Le mot *calata comitia* vient du grec καλος et signifie *boni conventus; argumentum est quasi argute inventum.* Gl. ad § 1, I., *de test. ordinandis* 2, 10

injuste de juger les chefs de l'école d'après le texte de la grande glose. Il ne faut pas perdre de vue que celle-ci ne nous a pas conservé intactes les explications des premiers glossateurs, et quand on compare le travail d'Accurse avec les ouvrages originaux de Bulgarus et de Placentin, on est amené à croire que la plupart des absurdités que l'on rencontre dans la glose datent de la dernière époque de l'école. On ne peut, à la vérité, nier l'ignorance des glossateurs en histoire; mais ce serait exiger l'impossible que de demander des connaissances historiques à une époque où, depuis des siècles, toute science avait été entièrement abandonnée. Loin de constituer un chef d'accusation contre eux, cette absence de notions historiques est un titre de plus à notre admiration pour les travaux des glossateurs. Il n'y a peut-être pas d'exagération à prétendre que l'interprétation du droit romain a fait autant de progrès dans le premier siècle des glossateurs que dans les cinq siècles suivants; et tel qui répète complaisamment les reproches que nous avons signalés ne se doute souvent pas que la plupart des opinions qu'il adopte et professe sont puisées dans l'exégèse des glossateurs. En effet, quand on fait abstraction des défauts accessoires qui appartiennent, du reste, à un plus haut degré, à tous les travaux scientifiques de l'époque, il est impossible de n'être point frappé de la pénétration extraordinaire avec laquelle les glossateurs saisissent l'esprit des dispositions légales, et de la sagacité étonnante avec laquelle ils savent les combiner et les expliquer les unes par les autres sans perdre de vue le véritable point de la question qu'ils traitent. Un autre mérite dont nous devons leur tenir compte, c'est le soin qu'ils ont donné à la critique du texte du *Corpus iuris* [25].

260. Ils connaissaient le *Digeste*, le *Code*, les *Institutes* et l'ancienne version latine des Novelles, appelée *Authenticum* en opposition à l'abrégé de Julien, *Novella*. Le Digeste était divisé en trois parties, *Digestum vetus* (livres I-XXIV, 2), *Infortiatum* (livres XXIV, 3-XXXVIII) et *Digestum novum* (livres XXXIX-L). Il paraît que, dans le principe, on ne possédait que la première et la troisième partie et que cette dernière commençait au milieu du livre XXXV, 2. Par la suite, on découvrit la seconde partie et l'on y joignit la fin du livre XXXV, ainsi que les livres XXXVI-XXXVIII, afin d'avoir une division plus rationnelle. C'est probablement à cette addition que la seconde partie doit son nom d'*Infortiatum* [26]. Quant au Code, Irnerius n'en avait d'abord que les neuf premiers livres; ce ne fut que plus tard

[25] L'expression *Corpus iuris civilis* date également du temps des glossateurs, bien qu'elle ne se rencontre comme terme technique, pour désigner la collection qu'on appelle ainsi aujourd'hui, que dans l'édition de DENIS GODEFROI (DIONYSIUS GOTHOFREDUS), Lyon, 1583. L'épithète *civilis* s'employait pour distinguer le droit romain du droit canon ou ecclésiastique. GRATIANI *Decretum*, Pars I, distinctio 3, *initio*.

[26] De *infortiare*, renforcer. *Voy.* au reste, sur toute cette matière, DE SAVIGNY, t. III, cha-

qu'il eut connaissance des trois autres. La version latine des Novelles, *Authenticum*, servit de base aux glossateurs, et l'abrégé de Julien, que l'on avait auparavant utilisé de préférence, tomba bientôt en oubli[27]. De la collection de l'*Authenticum*, on retrancha les novelles qui ne présentaient aucun intérêt pratique, de sorte qu'il n'en restait que 97, que l'on divisait en neuf *collationes*, probablement par analogie du Code [28]. On en faisait des extraits qu'on intercalait dans le Code aux endroits où se trouvaient des constitutions modifiées ou abolies par les Novelles. On appelle ces extraits *Authenticæ* [29]. Le Corps du droit des glossateurs se divisait ainsi en cinq parties, dont les trois premières embrassaient le Digeste; la quatrième contenait les neuf premiers livres du Code; la cinquième se composait du reste, savoir des trois derniers livres du Code, des neuf collations des Novelles auxquelles on ajoutait, sous le nom d'*Extraordinariæ* ou *Extravagantes*, les autres novelles comme dixième *collatio*, les Institutes et quelques ordonnances et dispositions étrangères au droit de Justinien [30]. Cette cinquième partie était appelée *Volumen*, c'est-à-dire livre sans dénomination spéciale, aussi *Volumen parvum*.—Le texte de l'école de Bologne fut par la suite adopté dans les autres écoles et reçut le nom de *Vulgata* [31].

pitre XXII, nº I. — La partie qui fut plus tard ajoutée à l'*Infortiatum* est ordinairement appelée *Tres Partes*, des premiers mots du passage par lequel elle commence et qui se trouvent vers la fin du Fr. 82, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. « ... Sic fiet, ut centum quæ præstari possunt, in quatuor partes dividantur : TRES PARTES ferant legatarii, heres vigintiquinque habeat, etc. »

[27] Nous avons vu ci-dessus, p. 354, note 20, que la *versio vulgata* ne renferme que 134 novelles. La première édition imprimée de ce recueil se trouve dans le tome II du *Codex de Vitus Puecher*, Rome, 1476. L'édition de Haloander, Nüremberg, 1532, est plus riche : elle contient, outre la *Vulgata* en latin, 122 novelles complètes en grec avec la traduction latine et quelques débris d'autres novelles. D'autres éditions postérieures donnent le grand recueil oriental des 168 novelles, notamment celle de Scrimgerus (Scrimgeour) à Genève, 1558; celle d'Agylæus à Cologne, 1560; une édition, publiée à Bâle, chez Hervag, 1561; enfin, celle de J.-Fr. Hombergk zu Vach, Marburg, 1717. C'est d'après l'une ou l'autre de ces éditions que les novelles sont reproduites dans la plupart des éditions du *Corpus iuris*, à partir de celle du code de Contius (Le Conte), Paris, 1559. Nous renvoyons, pour ces éditions, à ce que nous avons dit ci-dessus, p. 21, note 25, et pour l'*Authenticum* et l'*Epitome Iuliani*, au nº 248.

[28] Ce qui semble confirmer cette hypothèse, c'est que, pendant une certaine époque, les novelles retranchées (*novellæ extraordinariæ* ou *extravagantes*) étaient divisées en trois *collationes*, de sorte qu'il y avait autant de *collationes* de Novelles que de livres du Code. DE SAVIGNY, t. III, chap. XXII, nº IV.

[29] Les *Authenticæ* ne sont originairement que des *loci paralleli* ajoutés au code et qui, plus tard, ont passé dans le texte. Il y en a parmi elles treize qui sont tirées d'ordonnances de Frédéric Ier et de Frédéric II, empereurs d'Allemagne. — On trouve aussi, dans plusieurs manuscrits des Institutes, des *Authenticæ* résumant les innovations et réformes introduites par des constitutions publiées après la promulgation des Institutes et surtout par des Novelles.

[30] Savoir, les règles du droit féodal des Langobards (*feudorum libri II*) et plusieurs constitutions des empereurs d'Allemagne. — Scrimgeour, dans son édition des Novelles, Genève, 1558, ajouta encore 113 novelles de l'empereur Léon qui, de cette manière, ont passé dans la plupart des éditions du *Corpus iuris*. Cf. ci-dessus, p. 360, note 13.

[31] On oppose ordinairement à cette *lectio vulgata* le texte du manuscrit de Florence, que les glossateurs distinguaient déjà sous le nom de *littera Pisana*. Le texte d'une édition publiée par

261. Au treizième siècle, l'étude du droit romain est en pleine décadence [32]. Vers cette époque, s'élève une école nouvelle qui renverse celle des glossateurs : c'est elle qui représente le barbarisme en jurisprudence. Elle y introduisit la dialectique scolastique, et créa cette foule de distinctions, divisions, subdivisions, ampliations et limitations dont la science n'a pas encore su se débarrasser entièrement. On nomme ordinairement comme fondateur de cette école BARTHOLUS DE SASSOFERRATO, jurisconsulte d'ailleurs fort distingué, qui vécut dans la première moitié du quatorzième siècle et enseigna à Pise et à Pérouse, † 1359 ; mais l'influence de la scolastique s'était déjà fait sentir longtemps avant lui [33]. Toutefois, il ne peut échapper au reproche d'avoir donné dans cette funeste tendance et de l'avoir puissamment favorisée par son exemple et son autorité. Cette autorité était si grande, qu'en Espagne et en Portugal, on attribua force de loi à ses opinions [34], et qu'à l'université de Padoue, on érigea une chaire particulière sous le nom de *Lectura textus, glossæ et Bartoli*. Avec Bartole et après lui florissait BALDUS DE UBALDIS, † 1400, qui avait suivi les leçons de Bartole et que l'on représente ordinairement à tort comme rival de son maître [35]. Les nombreux disciples formés par ces deux chefs soumirent bientôt à la nouvelle tendance l'étude et la pratique du droit, non-seulement en Italie [36], mais encore dans tous les pays où le droit romain était suivi et étudié [37].

HALOANDER (ci-après, n° 264) a encore obtenu une assez grande autorité pour être placé à côté des deux précédents ; et l'on distingue souvent les éditions du *Corpus iuris* en *Vulgatæ, Florentinæ* et *Haloandrinæ* ou *Noricæ*. Le dernier nom vient de la ville de Nuremberg, où l'édition de Haloander fut publiée de 1529 à 1531. Cf. ci-dessus, p. 20, note 21 ; p. 22, note 26 et p. 24, note 32, où nous avons donné des renseignements sur la manière de citer le *Corpus iuris* usitée parmi les glossateurs.

[32] Avant Bartolus, nous remarquons encore les noms suivants : Odofredus, † 1265 ; Dinus Mugellanus, Jacobus de Belvisio, maître de Bartole, Oldradus de Ponte, † 1334 ; Cinus, † 1336 ; Albericus de Rosate, † 1354. — On trouve des renseignements très-concis, mais suffisants, sur les romanistes postérieurs aux glossateurs, chez M. ALPH. RIVIER, *Introduction historique au droit romain*, pages 454-461 et pages 473-572.

[33] DE SAVIGNY, t. VI, chap. XLVII. LIII. *Voy.* aussi ci-après, note 37.

[34] *Voy.* ci-dessus, note 13.

[35] DE SAVIGNY, t. VI, chap. LV, n° I.

[36] Parmi les jurisconsultes de cette école en Italie, nous remarquons Bartholomæus de Saliceto, † 1402 ; Raphaël Fulgosius, † 1427 ; Paulus de Castro, † 1441 ; Marianus Socinus et son fils Bartholomæus, †† 1467. 1507 ; Alexander Tartagnus, † 1477 ; Barth. Cæpolla, † 1477 ; Iason de Mayno, † 1519 ; Lancelot et Philippe Decius, †† 1503. 1535.

[37] Les jurisconsultes français, appelés *Ultramontani* par les Italiens, avaient, bien avant Bartole, favorisé l'invasion de la méthode scolastique. L'on cite parmi eux Jo. Faber, professeur à Toulouse et auteur d'un commentaire sur les Institutes, † 1340 ; Pierre Bertrand, professeur à Montpellier et ensuite cardinal à Avignon, † 1348 ; Gui Pape, conseiller au parlement de Grenoble, † 1476.— L'Allemagne et les Pays-Bas subirent complétement le joug de la nouvelle école, sans produire des romanistes marquants ; cependant DE SAVIGNY, t. VI, chap. LIX, n° XIII, cite comme une œuvre indépendante les *Topica* de Nic. Everard, qui mourut, en 1532, comme président du grand conseil de Malines. Cf. M. RIVIER, *l. l.*, p. 490.

Rénovation du droit romain au seizième siècle.

262. Cependant, la jurisprudence ne put échapper à l'action que les autres sciences, qui, depuis quelque temps, avaient commencé à refleurir avec tant d'éclat, devaient naturellement exercer sur elle. Ange Politien, † 1494, imprima une nouvelle direction à l'étude du droit, en la mettant en rapport avec celle de l'histoire et en y appliquant surtout une critique sévère [1]. Alciat, † 1550, poursuivit l'œuvre commencée par Politien et fut nommé le fondateur de la jurisprudence élégante. Ce ne fut pas sans rencontrer une vive résistance que cette nouvelle tendance prévalut. « Les partisans de l'ancienne école soutenaient que les novateurs ne critiquaient les œuvres des Accursiens et des Bartolistes que parce qu'ils étaient hors d'état de les comprendre; et en affectant de regarder leurs excursions littéraires comme un badinage puéril, ils leur infligèrent le nom de *grammairiens, humanistes, nominalistes*, tandis qu'ils s'attribuèrent à eux-mêmes celui de *réalistes*, comme si leurs discussions seules eussent un objet réel [2]. » Malgré ces attaques, l'école élégante l'emporta en Italie [3].

263. La France suivit avec une grande ardeur l'impulsion qu'Alciat, Ferretti et d'autres Italiens avaient communiquée à quelques écoles du Midi : bientôt elle se plaça à la tête du mouvement. Ce furent deux hommes surtout qui assurèrent à la France ce rang élevé. Jacques Cujas (Cuiacius), † 1590, le fondateur de la nouvelle méthode exégétique et historique [4], et Hugues Doneau (Donellus), 1591, le premier qui traita dogmatiquement le droit romain d'une manière supérieure [5]. A côté d'eux, d'autres se sont rendus célèbres tant par l'interprétation que par les soins qu'ils ont donnés à la recherche et à la publication des sources du droit romain [6].

[1] Une mention honorable est due à Laurentius Valla, philologue comme Politianus, à cause des observations sur le langage des jurisconsultes romains, qui se trouvent dans ses *Elegantiæ latinæ linguæ*, livre VI. *Voy.*, sur ces deux savants, De Savigny, t. VI, chap. LIX, nos IV. V.

[2] Berriat Saint-Prix, *Histoire du droit romain*, p. 315.

[3] Nous nous bornons à citer les noms suivants : Æmilius Ferrettus, † 1552; Marianus Socinus le Jeune, neveu de Bartholomée, † 1556; Lælius Torelli (Taurellius), † 1576, et son frère François; Ant. Muretus, † 1585; Guido Pancirolus, † 1599; Menochius, † 1607; Albéric et Scipion Gentilis, †† 1611. 1616; Julius Pacius, † 1635.

[4] *Voy.* l'*Histoire de Cujas*, qui forme l'appendice de l'*Histoire du droit romain* de M. Berriat Saint-Prix, pages 373-611. Cf. M. Rivier, *Introduction*, p. 498.

[5] Doneau qui, à Bourges, avait été le rival de Cujas, se vit obligé de quitter la France pour cause de religion. Il enseigna successivement à Heidelberg, Leide et Altorf, et mourut dans cette dernière ville en 1591. Aussi sa réputation a-t-elle été plus grande en Allemagne qu'en France. Cf. M. Rivier, *l. l.*, p. 550.

[6] Avant Cujas : Budée, † 1540; Amaury Bouchard; Eg. Baron, † 1550; de Connan, † 1551; Tiraqueau, encore de l'école de Bartole, † 1558; Coras, 1572; Duaren, † 1559; Aymar de Ran-

264. Après les Français, ce furent les Belges qui se distinguèrent le plus dans l'étude de notre droit. Ils citent avec orgueil des noms devenus européens [7]. L'Espagne aussi produisit quelques jurisconsultes distingués [8]. L'Allemagne s'était d'abord noblement associée aux travaux de l'école élégante [9]; mais bientôt la tendance pratique prévalut: les réalistes supplantèrent les nominalistes.

265. Au dix-huitième siècle, cette direction devint dominante dans l'Europe entière. Ce n'est guère que dans les Pays-Bas que l'on trouve encore des partisans de la jurisprudence élégante, auxquels viennent se joindre quelques Italiens et Espagnols [10]. La France n'eut qu'un seul romaniste marquant, R. J. Pothier, † 1772. Parmi le grand nombre des jurisconsultes allemands, il n'y a guère que J.-G. Heineke (Heineccius), † 1741, qu'on puisse opposer aux illustrations des autres époques [11].

connet; Dumoulin (Molinæus), † 1566; du Tillet (Tilius), † 1570; Le Mire (Miræus); Baudouin (Balduinus), † 1573; de Vintimille; du Ferrier, le maître de Cujas, † 1585. Puis Ant. Le Conte, † 1586; Fr. Hotman, † 1590; Brisson, † 1591; Labitte; Duprat; Roussard; les frères Pithou (Petrus et Franc. Pithœi); Pierre du Faur (Faber), † 1600. Au dix-septième siècle: Ranchin; Labbé; Mornac, † 1609; Nic. Lefebvre (Faber), † 1612; Le Caron (Charondas), † 1617; de Maran, † 1621; d'Airebaudouze du Cest (ab Area Baudoza Cestius), † 1627; Antoine Favre (Faber), président du parlement de Savoie, † 1624; de la Coste, † 1637; Denys Godefroi (Gothofredus), † 1622, et son fils Jacques, † 1652; Merille, † 1647; d'Espeisses, † 1659; Fabrot, † 1669; de Hauteserre (Alteserra); Menages, † 1692; enfin Domat, † 1696, qui, dans ses *Lois civiles*, essaya de créer un nouveau système de droit.

[7] Mudée, † 1560; Ræwardus, † 1568; Viglius de Zuichem ab Aytta, disciple d'Alciat, † 1577; Agylæus, † 1595; Math. Weesenbeeck et H. Van Giffen (Giphanius), † 1604, qui enseignèrent en Allemagne; Joannes a Sande; Van Merle (Paulus Merula); Sibrand Siccama, † 1621; Hugo Grotius, † 1645; Van Leeuwen, † 1682; Vinnius, † 1657; Ulr. Huber, † 1694. Ces deux derniers approchent déjà de la tendance réaliste. Cette direction est prédominante dans Jo. Voet, † 1713.

[8] Covarruvias, † 1577; Ant. Agustin (Augustinus), disciple d'Alciat et archevêque de Saragosse, † 1585; de Mendoza, † 1595; Perez, † 1672, qui enseigna à Louvain; Fernandez de Retes, † 1678; Ramos del Manzano, † 1683. — Ant. Govea (Goveanus), † 1565, né en Portugal, reçut son éducation en France.

[9] Déjà avant Alciat, l'Allemagne avait produit deux jurisconsultes éminents, Ulric Zase (Zasius) † 1535, distingué comme professeur et praticien, et Haloander, † 1531 ou 1532, célèbre par ses éditions des diverses parties du *Corpus iuris* (ci-dessus, nº 260 *in f.*, et p. 20, note 21. Le nom patronymique de ce dernier, qu'on avait jusque dans les derniers temps cru être Hoffmann, paraît avoir été en réalité Meltzer. Dès lors, la forme grecque, qui signifie homme de l'aire, ne s'explique que par le fait que c'est dans une aire qu'on a l'habitude de sécher le malt (d'où Maltser, Maeltzer, Meltzer). Après ces deux hommes marquants, nous avons à signaler: Sichard, l'éditeur de la loi romaine des Visigoths, † 1552; Fichard, † 1581; Mynsinger, † 1588; Löwenklau (Leunclavius), † 1593; Rittershausen, † 1613; Freher, † 1614; Vulte (Vulteius), † 1634; Bachov von Echt, † 1640; Wissenbach, † 1665.

[10] Perizonius, † 1715; Noodt, † 1725; Schulting, † 1734; Brenkman, † 1736; Westenberg, † 1737; Van Bynkershoek, † 1743; Wieling, † 1746; Reitz, † 1769; Voorda, † 1767; Branchu, † 1767; Meerman, † 1771. — En Italie: Merenda, † 1655; Galvanus, † 1659; Gravina, † 1718, et Averani, † 1738, dont les *Interpretationes iuris* furent imprimées à Leyde, 1751. — Le célèbre Espagnol Majans, † 1781, aussi trouva plus de sympathie en Hollande que dans sa patrie. On peut citer à côté de lui son compatriote Finestres, † 1777.

[11] Parmi les autres jurisconsultes allemands de cette époque, nous pouvons encore nommer:

266. « Mais depuis la fin du dix-huitième siècle, un mouvement extraordinaire s'est manifesté en Allemagne. L'étude du droit romain y a été reprise avec une ferveur qui rappelle l'enthousiasme du seizième siècle; et, comme au seizième siècle aussi, de précieuses découvertes sont venues en aide aux hommes qui ont relevé l'étendard des hautes études juridiques. La République de Cicéron, les fragments de Symmaque, de Denys d'Halicarnasse, de Lydus, les fragments du Vatican, et, par-dessus tout, l'inestimable manuscrit des Institutes de Gaius, ont fourni aux investigations des contemporains une mine dont la richesse ne sera pas épuisée de longtemps [12]. »

Carpzov, † 1666; Brunnemann, † 1672; Lauterbach, † 1678; Struve, † 1692; Stryck, † 1700; Schilter, † 1705; Reinold, † 1726; Thomasius, 1728; Van Eck, 1732; Brunquell, † 1735; les deux Bœhmer, †† 1749. 1797; les deux Conradi, †† 1748. 1785; de Leyser, † 1752; Henri de Cocceii et son fils Samuel, †† 1719. 1755; Otto, † 1756; Bach, † 1758; Eckhard, † 1764; Gebauer, † 1775; Ritter, 1775; Höpfner, † 1797.

[12] La phrase par laquelle nous terminons cet exposé est tirée du Ve appendice du tome Ier des *Institutes de l'empereur Justinien, suivies d'un choix de textes juridiques,* recueil publié par MM. Blondeau et Bonjean, Paris, 1838. Depuis la publication de cet ouvrage, que nous avons eu l'occasion de recommander ci-dessus (p. 6, note 2), la mort a enlevé le vénérable Blondeau, qui, pendant sa longue carrière, avait tant contribué à la rénovation des études du droit romain en France, et plus récemment Pellat, † 1871, et Ortolan, † 1873. — Dans les Pays-Bas et en Belgique, nous remarquons Smallenburg, † 1836; Molitor, † 1849 et Holtius, † 1861. — L'Allemagne a eu, depuis le commencement du siècle actuel, à regretter la perte d'un grand nombre de romanistes distingués, parmi lesquels nous avons à signaler avant tout Gustave Hugo, le père de la nouvelle école historique, † 1846; ensuite Hufeland, † 1817; A.-D. Weber, † 1817; Haubold, † 1822; Wenck, † 1828; Zimmern, † 1830; Hasse, † 1830; Glück, † 1831; Cramer, † 1833; Göschen, † 1837; Unterholzner, † 1838; Ed. Gans, † 1839; Thibaut, † 1840; Mühlenbruch, † 1843; G.-F. Puchta, † 1846; Seuffert, † 1857; Schrader, † 1860; Keller, † 1860; de Savigny, qui termina sa longue et brillante carrrière le 25 octobre 1861; Biener, † 1861; Heimbach, † 1865; Warnkönig, † 1866; Dirksen, † 1868; de Vangerow, † 1870; Böcking, † 1870.

LIVRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

NOTION ET DIVISION DES DROITS.

§ 1. *Notion.*

L'élément fondamental de tout droit est la volonté de l'homme se dirigeant vers un objet, lequel peut exister ou dans la personnalité de l'homme qui a le droit, ou en dehors de cette personnalité. La volonté de l'individu acquiert une efficacité extérieure dès qu'elle est reconnue par d'autres : ainsi, dans la société, elle aura force et valeur générales, lorsqu'elle sera reconnue par ceux qui constituent l'État. Dans les législations positives, l'idée du droit suppose donc nécessairement : 1° un sujet dont la volonté est l'élément fondamental du droit ; 2° un objet auquel cette volonté se rapporte ; et 3° elle exige que cette volonté soit reconnue et garantie par la loi [1].

On dit souvent qu'en outre, tout droit suppose une obligation : * *ius et obligatio sunt correlata* * [2]. Cet adage manque d'exactitude ; suivant la terminologie de nos sources, il consacre même une erreur évidente. Car, d'après le langage des Romains, on doit entendre par obligation un rapport entre deux personnes déterminées, en vertu duquel l'une d'elles

[1] Nous employons ici le mot *loi* dans un sens très-étendu pour désigner l'ensemble des règles qui constituent le *droit* d'un peuple.

[2] Les mots ou les phrases marqués d'astérisques ne se trouvent pas dans les auteurs romains et doivent leur origine aux interprètes modernes.

est tenue à une prestation envers l'autre. Or, ce rapport ne résulte point nécessairement de tout droit. Ainsi le droit de propriété, qui m'assure le pouvoir absolu sur une chose, ne suppose point un rapport obligatoire entre moi et une autre personne quelconque; au contraire, ce droit existe abstraction faite de toute autre personne; et si même le genre humain, moi seul excepté, venait à disparaître, la chose en question n'en continuerait pas moins de m'appartenir [5]. A la vérité, si quelqu'un lèse ma propriété, me vole ma chose ou la détériore, il s'établira entre lui et moi une obligation par suite de laquelle il sera tenu de réparer le dommage qu'il m'aura fait; mais la cause de cette obligation, c'est la lésion dont il s'est rendu coupable, et non mon droit de propriété, lequel existait avant comme après la lésion. La propriété ne suppose donc point d'obligation corrélative. Il en est de même de plusieurs autres droits. La corrélation que l'adage énonce n'existe que dans une classe particulière de droits que les Romains, par cette raison, appellent *obligationes*, et dont nous parlerons ultérieurement au § 4 et au livre troisième.

DIVISIONS DES DROITS †.

§ 2. *Droits du* ius gentium; *droits du* ius civile ††.

Un droit, dans le sens légal, n'existe qu'en tant que la loi le reconnaît et le protége.

Sous ce rapport, il y a en droit romain une distinction importante entre les droits qui dérivent du *ius civile* et ceux qui ne sont fondés que sur le *ius gentium*. Les premiers seuls jouissent de la protection légale dans toute son étendue.

Nous avons fait observer (n[os] 75. 113) que, dans le principe, les Romains ne reconnaissaient d'autres droits que ceux que consacrait leur loi nationale. Les étrangers étaient considérés comme étant sans droits; et

[5] Pour sauver le proverbe « *ius et obligatio sunt correlata* », on dit qu'à mon droit de propriété correspond le devoir de tous les autres hommes de ne point léser mon droit. Ce que nous venons de dire montre combien peu cet argument est solide, puisque le droit de propriété peut exister abstraction faite de tous les hommes, hors le propriétaire. Au reste, quand même on voudrait admettre ce *devoir négatif* comme un élément constitutif du droit de propriété, encore ne pourrait-on point lui donner le nom d'obligation. Sans parler du droit romain, il répugne au bon sens que le propriétaire d'un cheval, par exemple, puisse dire que tous les hommes sont obligés envers lui.

† Toute division rationnelle des droits doit évidemment se baser sur les éléments constitutifs de l'idée du droit. Nous distinguerons donc les droits : 1° d'après le *sujet* auquel ils compètent, § 3; 2° d'après l'*objet* auquel ils se rapportent, § 4; 3° d'après l'efficacité de la *garantie* que la loi leur accorde, § 2. Nous serons obligé, en outre, de dire quelques mots sur d'autres divisions créées par l'école, § 5.

†† Tit. I, *de iure naturali, gentium et civili* 1, 2.

les citoyens eux-mêmes ne pouvaient invoquer la garantie de la justice pour les droits qu'ils prétendaient leur appartenir qu'à la condition que ces droits fussent établis d'une manière conforme à leur *ius civile*. A la longue, ces idées exclusives perdirent de leur rigueur; les étrangers jouirent également de la protection des lois, et l'on s'habitua peu à peu à tenir compte des idées que l'on trouvait reçues chez les autres nations, *ius gentium*, et que par cela même on considérait comme étant fondées en raison. L'influence de ces idées se fit même sentir dans le droit national, et cette tendance fut particulièrement favorisée par l'autorité des préteurs, par les travaux des jurisconsultes et par la législation impériale, qui cherchait à fondre les divers éléments dont l'empire était composé. Caracalla fit un grand pas dans cette voie en accordant le droit de cité à tous les sujets de l'empire, et en affaiblissant ainsi la rigidité du *ius civile* en même temps qu'il en étendait la domination [1]. Cette action réciproque fit perdre de plus en plus au *ius civile* son caractère exclusif et formaliste, et dans la même proportion, les institutions du *ius gentium* acquirent de l'efficacité. Aussi trouvons-nous que, dans les derniers temps, ce rapprochement a amené une fusion presque complète. Dans le droit de Justinien, la plupart des institutions du *ius gentium* ont reçu la sanction de la législation, et la grande distinction a, par conséquent, perdu beaucoup de son importance. Toutefois, elle subsiste encore plus ou moins dans certaines parties : c'est dans les droits d'obligations, dans les relations de famille et dans les successions à cause de mort qu'elle se fait surtout remarquer. Nous aurons soin de donner les détails aux endroits convenables. Ici nous pouvons nous borner à dire que les droits consacrés par le *ius civile* jouissent de la protection légale dans toute son étendue, et que particulièrement celui à qui un pareil droit appartient peut en poursuivre la reconnaissance devant les tribunaux; tandis que les droits qui ne sont fondés que sur le *ius gentium*, quoique garantis par une protection plus ou moins efficace, ne donnent point lieu à l'intervention active de la justice, ni aux mesures coercitives dont elle dispose [2].

Observation. Dans nos sources, nous trouvons une autre distinction en *ius naturæ* ou *naturale*, *ius gentium* et *ius civile* [3]. Par *ius naturæ*, on entend les règles qui se rapportent à la vie animale et qui nous sont innées comme par instinct, par exemple, l'union du mâle et de la femelle, la procréation et l'éducation des enfants, le droit de se défendre contre

[1] *Voy.* ci-dessus, nos 157 sq. 173. 230.

[2] *Voy.* ci-après, §§ 41. 92 sq. et t. II, § 193.

[3] Ulpien, Fr. 1, § 3, D., *de iustitia et iure* 1, 1. « ... Privatum ius tripartitum est : collectum etenim est ex *naturalibus præceptis* aut *gentium* aut *civilibus.* » — § 4, I., *eodem* 1, I. — *Voy.* encore Aulu-Gelle, VII, 3 *in fine*. — *Fragm. de iuris speciebus*, 1. — Fr. 31, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 64, D., *de condictione indebiti* 12, 6. — Isidore, *Orig.*, V, 4.

une attaque [4]. Le *ius gentium*, d'après les passages qui établissent cette distinction, serait le droit qui est commun au genre humain et qui est une conséquence nécessaire de la vie humaine et des relations qui existent entre les hommes ; mais il est plus exact de dire qu'on entendait par là une abstraction de ce qu'on trouvait exister chez tous les peuples connus, et que l'on croyait par cela même être fondé en raison, *naturalis ratio* [5]. Dans cette acception, le *ius gentium* ne diffère guère de ce qu'on appelait autrefois droit naturel. — Nous avons cru ne pas devoir suivre cette distinction *tripartite*, mais bien celle en *ius civile* et *ius gentium* (qui, au reste, prédomine dans l'antiquité [6]), par la raison que les lois d'instinct qu'on appelle *ius naturæ* sont tout à fait étrangères au droit proprement dit. Aussi nos jurisconsultes n'en tiennent-ils guère compte dans l'application, et se servent-ils fréquemment des mots *ius naturale, naturalis ratio*, pour désigner les institutions qui, d'après la division indiquée, appartiendraient au *ius gentium* [7].

[4] Ulpien, Fr. 1, § 3, D., *de iustitia et iure* 1, 1. « Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit ; nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ coniugatio, quam nos matrimonium appellamus ; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritia censeri. » Ce passage est reproduit au Pr. I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2. – Fr. 1, § 27, D., *de vi et vi armata* 43, 16. « Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque ius natura comparatur. » *Voy.* cependant note 7.

[5] § 1, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2. « ... Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque *ius gentium*, quasi *quo iure omnes gentes utuntur*. » – § 2, I., *eodem*. « ... Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt iuri naturali contraria : iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascuntur. Ex hoc iure gentium et omnes pæne contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles. » — Cf. Fr. 1, pr. D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. « ... Antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum...... »

[6] Cicéron, *de officiis*, III, 5. « Neque vero hoc solum *natura*, id est, *iure gentium*, sed etiam *legibus populorum*, quibus in *singulis civitatibus* res publica continetur, ... constitutum est ; » *ibidem*, 47. « Itaque maiores aliud *ius gentium*, aliud *ius civile* esse voluerunt » ; *pro Sextio*, 42. « Ut quodam tempore homines, nondum neque *naturali*, neque *civili* iure descripto, fusi per agros ac dispersi vagarentur. » Cf. le même, *de inventione rhetorica*, II, 22. 54 ; *partit. orator.*, 37. – Gaius, I, 1. – § 11, I., *de rer. div.*, 2, 1. – Fr. 9. 11, D., *de iustitia et iure* 1, 1. – Fr. 2. 4, D., *de div. rerum* 1, 8. – Fr. 1, pr. D., *de adquir. rer. dom.*, 41, 1. – Fr. 84, § 1, D., *de reg. iuris* 50, 17. – *Voy.* de Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. Ier, appendice I.

[7] *Voy.* les passages indiqués à la note précédente et les citations suivantes que nous tirons de l'ouvrage de M. F.-A. Schilling, *Lehrbuch für Institutionem und Geschichte des röm. Privarechts*, Leipzig, 1837, t. II, p. 32. Naturalis ratio, Gaius, I, 89. 189. II, 66. 69. – § 1, I., *de iure nat. et civ.* 1, 2. – Pr. I., *de nupt.* 1, 10. – § 35, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 4, pr. D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. – Fr. 3, pr. D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. – Fr. 7, pr. D., *de bonis damnat.* 48, 20. – Natura, Fr. 14, D., *de condict. indeb.* 12, 6. – Fr. 84, § 1, D., *de reg. iuris* 50, 17. — Ius naturæ ou naturale, Fr. 206, D., *de reg. iuris* 50, 17. – § 6, I., *de Atil. tut.* 1, 20. – § 37. 40, I., *de rer. div.* 2, 1. – Lex naturæ ou naturalis, Fr. 24, D., *de statu hom.* 1, 5. – Fr. 1, § 3, D., *de furtis* 47, 2. – Naturalis æquitas, § 40, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 1, pr. D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 1, pr. D., *de pecunia constituta* 13, 5. – Fr. 9, § 3, D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. –

§ 3. *Iura generalia.* — *Iura singularia* (*Privilegia, beneficia legis*).

Une disposition légale peut se rapporter à tous les citoyens ou à une partie des citoyens seulement. Dans le premier cas, qui constitue la règle [1], on l'appelle *ius generale* ou *commune;* dans le second, *ius singulare*. De même, les droits qui en dérivent sont appelés *iura generalia* ou *iura singularia* [2]. Ces derniers sont aussi appelés *privilegia* ou *beneficia legis;* cependant on se sert particulièrement du mot *privilegium* quand il s'agit d'un droit exceptionnellement accordé à un ou à plusieurs individus déterminés, tandis que par le mot *beneficia legis*, on désigne les *iura singularia* accordés à toute une catégorie d'individus [3].

On distingue encore les *privilegia legalia* et les *pactitia* *, selon qu'ils dérivent d'un acte spontané du pouvoir législatif ou bien d'une convention faite entre un particulier et l'État. Les premiers peuvent être arbitrairement révoqués par le pouvoir législatif; à l'égard des derniers, la faculté de révocation peut se trouver plus ou moins restreinte par suite des conventions intervenues entre l'État et les personnes en faveur desquelles les priviléges ont été créés.

On divise communément les priviléges en *privilegia personæ*, *rei* et *causæ*, selon qu'ils sont accordés à une personne déterminée, ou qu'ils

Fr. 19, pr. D., *de captivis* 49, 15, etc. — Souvent même le mot *ius naturale* est employé dans un sens qui exclut la définition donnée plus haut, par exemple : « Quod semper æquum et bonum est. » Fr. 11, D., *de iust. et iure* 1, 1. — « Omni in re consensio omnium gentium, lex naturæ putanda est. » Cic., *Tuscul.*, I, 13. *Voy.* encore Cic., *de officiis*, III, 5; *de invent.*, II, 22. — § 11, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2, et Schrader, *ad h. l.*

[1] Ulpien, Fr. 8, D., *de legibus* 1, 3. « Iura non in singulas personas, sed generaliter constituimus ». — Paul, Fr. 16, D., *eodem* « Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est ».

[2] Ces termes se trouvent dans nos sources ; mais ils n'y ont pas la signification technique et exclusive que nous avons l'habitude de leur donner. Ordinairement, on distingue le *ius generale* d'avec le *ius commune*, en considérant le premier comme s'appliquant à *tous les citoyens*, et le second, à *toutes les parties du territoire*. Cette distinction peut avoir quelque utilité dans certaines questions; elle n'en a point pour nous. — La division en *iura generalia* et *singularia*, appliquée aux constitutions impériales, se trouve au § 6, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2. « ... Plane ex his (constitutionibus) quædam sunt *personales*, neque ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliæ autem cum *generales* sunt, omnes procul dubio tenent. » — Fr. 1, § 2, D., *de const. princ.* 1, 4. *Voy.* ci-dessus, nº 184 *in fine*.

[3] Il est évident que le mot *beneficium legis* ne peut être appliqué qu'au *ius singulare*, qui accorde un avantage. Le mot *privilége* a le même sens dans le langage ordinaire; mais originairement il signifie toute dérogation à un principe général faite en faveur ou au préjudice d'un particulier. Aulu-Gelle. X, 20. « ... Non enim sunt generalia iussa... sed de singulis concepta; quocirca *privilegia* potius vocari debent, quia veteres *priva* dixerunt, quæ nos singula dicimus. » — Cic., *de leg.*, III, 19. « In privos homines *leges* ferri noluerunt : id est enim *privilegium*. » Dans le passage de la loi des Douze Tables *privilegia ne irroganto* (Cic., *de leg.*, III, 19; *pro Sestio*, 30), *privilegium* est employé dans le sens le plus restreint.

sont attachés à une chose ou à un rapport de droit. Les premiers s'éteignent par la mort de la personne à laquelle ils appartiennent; les *privilegia rei* et *causæ* passent à toutes les personnes qui succèdent dans la chose ou dans les rapports auxquels ils sont attachés.

Les commentateurs ont encore établi plusieurs autres divisions des priviléges que nous pouvons nous dispenser de reproduire, d'abord parce qu'elles n'ont guère d'utilité, ensuite parce que le nom seul en indique d'ordinaire suffisamment la signification [4].

§ 4. *Division des droits, fondée sur la différence des objets auxquels ils se rapportent.*

Les droits peuvent se rapporter ou à l'homme même auquel ils appartiennent, à sa personnalité, ou bien à un objet quelconque vers lequel sa volonté se dirige [1]. On peut donner à la première catégorie le nom de droits personnels, et à la seconde, le nom de droits patrimoniaux.

Dans la catégorie des droits personnels, nous rangeons d'abord les droits politiques, dont nous n'avons à nous occuper qu'en tant qu'ils influent sur le droit privé; puis tous les droits qui touchent à l'état de l'homme, et enfin ceux qui modifient la capacité d'agir, d'acquérir des biens et d'en disposer.

La seconde catégorie se subdivise naturellement en deux classes: 1° Notre volonté se dirige vers un de nos semblables; nous avons le droit d'exiger de lui qu'il fasse quelque chose en notre faveur. Cette classe de droits suppose donc nécessairement deux personnes déterminées, l'une qui a le droit et l'autre dont le fait constitue l'objet du droit. Les Romains les appellent *obligationes*. 2° Notre volonté se rapporte à une chose, abstraction faite de tout individu autre que nous. Cette classe de droits ne suppose l'intervention d'aucune personne déterminée en dehors de celle à qui le droit compète. Les Romains n'ont pas de nom générique pour les désigner. Nous les appellerons droits réels.

[4] Par exemple, *privilegia favorabilia, odiosa — gratuita, onerosa — gratiosa, conventionalia*, etc.

[1] La même division est adoptée dans les *Institutes* de GAIUS et de JUSTINIEN; seulement, on y trouve encore une troisième classe, comprenant les moyens que la loi nous donne afin de poursuivre et de faire valoir nos droits, les *actiones*. Nous croyons plus conséquent et plus commode de traiter des diverses actions, lorsque nous nous occuperons des matières auxquelles elles se rapportent, sauf à consacrer un titre de notre livre I aux principes généraux des actions. — Au reste, dans les passages qui contiennent cette division (« Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. » GAIUS, I, 8. — § 12, I., *de iure nat. gent. et civ.* 1, 2), le *ius rerum* n'est point subdivisé. C'est pourquoi les commentateurs ont douté s'il fallait ranger les *obligations* dans le *ius rerum* ou bien dans les *actiones*. *Voy.* ci-après, § 26 *in fine*, combiné avec le § 49, note 2; § 54, note 5 et litt. B; t. II, § 195, notes 1-5.

Observation. Cette division en droits personnels, droits d'obligations et droits réels embrasse évidemment tous les droits imaginables; aussi devrait-elle servir de base à notre exposé dogmatique, qui dès lors se composerait de trois livres. Mais des raisons de méthode nous obligent d'adopter une autre classification. Après la mort d'un individu, ses biens passent à d'autres individus qui sont censés continuer la personne du défunt par rapport à ses biens. Cette succession, bien que comprenant peut-être des droits réels et des obligations, est considérée comme un tout, un ensemble, dont l'acquisition est réglée par des dispositions particulières qui, à cause de leur importance et de leur difficulté, demandent à être examinées séparément. Cela nous oblige à admettre un quatrième livre qui traite des successions à cause de mort. Des considérations analogues nous engagent à détacher certaines parties des trois classes principales pour en faire un livre particulier. Les relations de famille, en effet, tout en rentrant dans la catégorie des droits personnels, ne laissent pas que d'exercer une influence notable sur les droits patrimoniaux des membres de la famille. Les modifications dues à cette influence feront l'objet d'un cinquième livre intitulé : Droits de famille. Toutefois, en détachant ainsi des droits personnels tous ceux qui tiennent à la famille, nous en avons restreint le nombre et l'importance, au point de n'avoir plus besoin de leur consacrer un livre particulier et de pouvoir nous borner à les exposer rapidement dans une introduction contenant des notions générales et préliminaires. Voici donc la division de notre ouvrage :

LIVRE I. *Notions générales et préliminaires.*
LIVRE II. *Droits réels.*
LIVRE III. *Droits d'obligations.*
LIVRE IV. *Droits de famille.*
LIVRE V. *Des successions à cause de mort.*

Au reste, tout en adoptant cette division, nous tiendrons toujours compte de la classification rationnelle indiquée dans le paragraphe, classification dont nous aurons souvent l'occasion de faire ressortir l'utilité et l'importance.

§ 5. *Diverses autres divisions.*

Les divisions que nous avons exposées dans les §§ 2-4 ont pour base les différences qui peuvent exister daus les éléments constitutifs de l'idée du droit. L'école a créé encore plusieurs autres divisions plus ou moins arbitraires, et, en général, peu utiles. Ainsi l'on parle de droits primitifs ou absolus qui appartiennent à l'homme par cela seul qu'il existe, et de droits dérivés ou hypothétiques, que l'homme n'a qu'autant qu'il les

acquiert; on parle aussi de droits affirmatifs et de droits négatifs, selon que l'objet du droit est un acte positif ou une omission, etc. — On distingue encore les droits présents et les droits futurs, *iura præsentia* *, *iura futura* *. Rigoureusement parlant, il n'y a que des droits présents : un droit existe ou n'existe pas. Mais on donne le nom de droit futur à l'espérance d'acquérir et d'avoir un droit, quand cette espérance est protégée par la loi. Nous nous bornons ici à citer comme exemples les obligations et les hypothèques conditionnelles, le cautionnement fourni pour une dette qui n'existe pas encore, les mesures que la loi prescrit pour protéger les droits d'un enfant qui n'est pas encore né [1].

COMMENT LES DROITS S'EXERCENT.

§ 6. *Règles générales.*

Avoir un droit, c'est pouvoir l'exercer.

On peut exercer son droit quand même par là on nuirait à un autre [1]. * *Qui iure suo utitur, neminem lædit* *. Cependant, la loi défend d'exercer un droit dans la seule intention de nuire à autrui, sans que nous ayons un intérêt d'agir ainsi. Au reste, cette disposition, qui se rapporte à un cas tout à fait spécial, ne saurait être appliquée qu'avec la plus grande précaution [2].

En général, nous pouvons exercer tout droit tant par nous-même que par un autre qui nous représente. Toutefois, à cette règle il y a quelques exceptions qui dérivent soit de la nature même des droits (par exemple, les droits politiques), soit d'une disposition particulière de la loi. Sous ce dernier rapport, nous trouvons, surtout en droit romain, des exceptions fondées sur l'ancienne organisation judiciaire et politique. Nous les indiquerons aux endroits convenables.

Celui qui a un droit peut naturellement faire tout ce qui est nécessaire

[1] *Voy.* ci-après, § 10, notes 7. 8; § 155, note 4; § 156, notes 11 et suivantes; t. II, 205, litt. A, nº 2; § 262, note 3; § 283, nº I; t. III, §§ 376. 380. 405.

[1] Fr. 55, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur. » — Fr. 151, D., *eodem*. « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet. » — Des applications de ce principe se trouvent : Fr. 9, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 24, § 12. Fr. 26, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 155, § 1, D., *de reg. iuris* 50, 17, et ci-après, t. II, § 271.

[2] Fr. 1, § 12, D., *de aquæ. pluv. arc. act.* 39, 3. « ... Marcellus scribit, cum eo qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi... *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* » — Fr. 2, § 5, D., *eodem.* « ... Opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est.* » — *Voy.* encore Fr. 1, § 11, D., *eodem*, et Fr. 38, in f. D., *de rei vind.* 6, 1. « ... Neque malitiis indulgendum est. »

à l'exercice de ce droit [3]; mais aussi il est tenu de supporter les charges qui y sont inhérentes [4].

Enfin, il résulte de la nature des droits que nous sommes libres de les exercer ou de ne pas les exercer [5]. Le non-exercice de notre droit ne change rien à son existence. Cependant il est une classe de droits que la loi n'accorde qu'à condition qu'on les fasse valoir dans un certain temps : ce sont les actions, c'est-à-dire les moyens que la loi nous donne afin de poursuivre en justice la reconnaissance d'un droit. Or, si nous n'usons pas de ces moyens dans le délai déterminé par la loi, nous ne pouvons plus y avoir recours, ou du moins notre adversaire peut refuser de suivre l'appel que nous faisons à la justice. Les actions donc peuvent s'éteindre par le simple non-usage; mais ce mode d'extinction n'existe point pour les autres droits [6].

Observation. Subissant l'influence de la théorie romaine en matière d'actions, des jurisconsultes et même des philosophes des temps modernes ont soutenu qu'en thèse générale les droits peuvent s'éteindre par non-usage. Cependant, comme cette manière de voir était tout à fait inadmissible à l'égard de plusieurs droits, ils ont formulé une distinction des actions humaines en * *res meræ facultatis* * et * *res non meræ facultatis* *. Par *res meræ facultatis*, ils entendaient les actes que nous pouvons faire ou omettre sans qu'il en résulte une perte ou une modification de notre droit; et ils y comptaient, par exemple, le droit de faire un testament, de se marier, de porter un chapeau, etc. *Res non meræ facultatis* étaient les actes dont l'omission peut nous faire perdre notre droit. Dans cette classe, on rangeait presque tous les actes qui se rapportent au droit privé. Cette distinction, aussi absurde en droit naturel qu'inutile en droit romain, n'est plus guère usitée aujourd'hui.

§ 7. *Conflit de droits.*

Plusieurs droits différents peuvent se rencontrer, soit dans la même personne, soit par rapport au même objet. Les commentateurs distinguent ces deux cas par les noms de * *concursus subjectivus* * et * *concursus*

[3] Fr. 10, D., *de servitutibus* 8, 1. « Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substruendo iter facere, Proculus ait. » – Fr. 20, § 1, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. – Fr. 3, § 3, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 11, D., *communia prædiorum* 8, 4.

[4] Fr. 10, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda. » – L. 1, § 4, C., *de caducis tollendis* 6, 51. « Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. »

[5] Fr. 41, D., *de minoribus* 4, 4. « ... Unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt. » – L. 1, C., *ut nemo invitus agere cogatur* 3, 7.

[6] Nous devons nous borner à mentionner ici le principe, sauf à en fournir la preuve dans la suite. – *Voy.* ci-après, §§ 61. 123, et tome II, § 298.

objectivus *. Le premier cas ne donne lieu à aucune difficulté : la personne à laquelle les droits compètent les exercera comme bon lui semble. Le second cas peut se présenter de deux manières. Il est possible d'exercer tous les droits concurremment sans que l'exercice de l'un empêche l'exercice de l'autre. Par exemple, A est propriétaire d'un fonds, B en a l'usufruit, C a un droit de passage sur le même fonds, enfin D peut avoir une hypothèque à charge de l'immeuble. — Ou bien l'exercice de l'un exclut ou empêche l'exercice de l'autre.

C'est de ce dernier cas, appelé par les commentateurs * *conflictus iurium* *, que nous avons à nous occuper ici. Nos sources contiennent grand nombre de décisions spéciales sur cette matière ; nous y trouvons aussi quelques règles générales qu'il est utile de connaître :

1° Quand il s'agit de droits que deux personnes ont respectivement l'une contre l'autre, particulièrement quand il y a conflit entre deux priviléges ou *beneficia legis*, la loi protége plutôt la personne qui veut éviter une perte, *qui certat de damno evitando* *, que celle qui cherche à s'enrichir, *qui certat de lucro faciendo* * [1]. Sous ce rapport, il est à remarquer que le droit romain considère comme perte la restitution d'une chose qu'on a consommée [2].

2° Quand il s'agit de droits réels, c'est le plus ancien qui l'emporte. *Prior tempore, potior iure* [3].

3° Si ce principe ne peut être appliqué, on accorde la préférence à la personne qui se trouve en possession de l'objet litigieux. *Melior est causa possidentis* [4].

4° Enfin si ces règles ne suffisent pas pour résoudre la question, on doit recourir au partage de la chose [5]. Quand le partage ne peut s'opérer,

[1] Fr. 41, § 1, D., *de reg. iuris* 50, 17. « In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro. » – Fr. 14. § 1, D., *de religiosis* 11, 7. « ... Melius est legatarium non lucrari, quam emtorem damno adfici. » – Fr. 14, D., *de condict. indeb.*, 12, 6. « ... Natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. » – L. 22, § 5, C., *de iure deliberandi* 6, 30.

[2] Fr. 11, § 6, D., *de minoribus* 4, 4. « ... Item quæritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus... Puto... inspiciendum... quis captus sit ; proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa, secundum Pomponium, eius, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit. » – Fr. 34, D., *eodem*.

[3] Cette règle s'applique surtout aux hypothèques, à l'occasion desquelles nous développerons le principe qui lui sert de base. *Voy.* ci-après, § 162. Cf. § 122, vers la fin. — *Voy.* aussi Fr. 98, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is præferendus est, cuius in lucrum causa *tempore præcedit*. » – Fr. 12, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4. – L. 8, C., *eodem* 8, 18. – Fr. 26, D., *locati* 19, 2.

[4] Fr. 126, § 2, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Cum de lucro duorum quæratur, melior est causa possidentis. » – Fr. 128, pr. D., *eodem*. « In pari causa possessor potior haberi debet. » – Fr. 9, § 4, D., *de Public. in rem act.* 6, 2. *Voy.* ci-après, § 122 *in fine*. – Fr. 14, pr. D. *de noxal. act.* 9, 4. – Fr. 8, D., *de condict. ob turpem causam* 12, 5.

[5] § 8, I., *de legatis* 2, 20. – Fr. 7, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4. – Fr. 33, D., *de legatis I* (30).

il reste un dernier moyen : c'est de tirer au sort. Cependant il est à remarquer que les lois n'y ont recours que dans des cas où le tirage au sort, tout en accordant une faveur à l'un des intéressés, ne prive point les autres de l'avantage qu'ils peuvent espérer de leur droit [6].

Enfin, dans certains cas le conflit est tel, qu'aucune de ces règles ne puisse être appliquée : alors l'existence de l'un des droits s'oppose à l'exercice de l'autre. *Privilegiatus contra æque privilegiatum iure suo non utitur* * [7].

En matière de conflit, on cite encore souvent la règle que le droit spécial exclut le droit général. Cette règle est, en général, vraie, mais elle ne s'applique point au cas dont nous parlons ; car il n'y a pas de conflit quand de deux droits l'un exclut l'autre [8].

COMMENT LES DROITS S'ACQUIÈRENT ET SE PERDENT. — DE LA SUCCESSION DANS LES DROITS D'UN AUTRE.

§ 8.

L'acquisition d'un droit suppose toujours la réunion des trois conditions suivantes : 1° un sujet, une personne qui acquière ; 2° un objet sur lequel le droit puisse s'établir ; 3° un mode d'acquisition [1]. Dans certains cas, nous avons un droit par cela seul que nous existons ou que telle circonstance extérieure a eu lieu, par exemple, la qualité de fils ou de mineur, le droit que nous avons sur les fruits que notre chose produit sans que nous y ayons contribué. Dans d'autres cas, nous devons faire un acte auquel la loi attache comme effet l'acquisition du droit. Cet acte peut

[6] § 23, I., *de legatis* 2, 20. « Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat... In nostra constitutione additum est, ut, sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum... fortunam esse huius optionis iudicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat ». — L. 3, pr. C., *comm. de legatis* 6, 43. — Fr. 13. 14, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 5, D., *famil. ercisc.* 10, 2. — Fr. 24, § 17, D., *de fideic. libert.* 40, 5.

[7] Fr. 36, D., *de dolo malo* 4, 3. « Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. » — Fr. 57, in f. D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 39, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 42. 43, D., *de hered. instit.* 28, 5.

[8] Fr. 80, D., *de regulis iuris* 50, 17. « In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. » — Fr. 41, D., *de pœnis* 48, 19. — Fr. 1, pr. D., *de auro argento legatis* 34, 2.

[1] En employant le mot un peu vague : *mode* d'acquisition, nous avons voulu comprendre toutes les causes qui peuvent donner naissance à un droit. Les Romains n'ont pas de terme général pour exprimer la même idée ; ils se servent des mots *causa* et *titulus*, auxquels ils ajoutent l'adjectif *juste*, quand ils veulent indiquer que le mode d'acquisition est conforme à la loi. *Iusta causa, iustus titulus*. Gaius, II, 20. 195. — Ulpien, XIX, 7. 20. 21. — Fr. 159, D., *de reg. iuris* 50, 17. — § 14, I., *de usucap.* 2, 6. — L. 24, C., *de rei vind.* 3, 32.

être le simple fait de l'acquéreur; par exemple, la prise de possession d'une chose sans maître; ou bien il exige, outre le fait de l'acquéreur, l'existence d'un autre fait antérieur ou contemporain; par exemple : la succession testamentaire qui suppose un testament laissé par le défunt et l'acquisition faite par l'héritier, la tradition, etc.

Dès que nous avons acquis un droit, il existe dans notre personne et continue d'exister tant que ses éléments constitutifs subsistent (§ 1er). Il va sans dire qu'un droit cesse d'exister quand la loi ne le reconnaît ou ne le protége plus [2]. Les droits peuvent également s'éteindre par la perte de l'objet. Cela est absolument vrai pour les droits personnels et les droits réels. En appliquant cette règle aux droits d'obligation, nous arriverions à la conclusion que la mort de la personne obligée devrait avoir pour effet d'éteindre l'obligation, puisque c'est le fait de cette personne, une prestation à faire par elle, qui en constitue l'objet. Mais la loi a établi une fiction en vertu de laquelle d'autres personnes, appelées à recueillir les biens du défunt, sont censées continuer sa personne et, par conséquent, aussi les obligations qui lui incombaient. Enfin, l'extinction du droit peut provenir d'une cause qui se rapporte au sujet. La mort du sujet éteint évidemment les droits purement personnels. Quant aux droits patrimoniaux (droits réels et droits d'obligation), la loi admet la fiction dont nous venons de parler, en les faisant passer aux héritiers, c'est-à-dire à ceux qui sont censés continuer la personne du défunt [3]. — D'autres causes d'extinction peuvent résulter de la volonté du sujet, soit qu'au moment même où le droit a été acquis, on l'ait déjà soumis à un certain mode d'extinction [4], soit que celui qui a le droit y renonce. Si la volonté se borne uniquement à cet abandon, ce changement survenu dans la volonté constitue une simple renonciation; mais souvent la personne qui renonce à un droit le fait dans le but qu'une autre personne l'acquière. Dans ce cas, on dit que cette dernière succède dans le droit de la première, laquelle, par rapport à cette succession, porte le nom d'auteur, *auctor* [5].

On oppose à ce mode d'acquisition, qu'on appelle dérivé, les modes qui ne supposent pas la transmission d'une personne à une autre et qu'on

[2] Par exemple, quand la loi abolit une institution qu'elle avait protégée auparavant. C'est dans cette catégorie qu'il faut ranger l'extinction d'un droit par prescription (*voy.* ci-après, §§ 58 sqq.), et divers autres cas dont il sera question ci-après, §§ 123, 142, III, et t. II, § 298.

[3] Nous verrons ci-après qu'il y a certains droits patrimoniaux qui ne passent pas aux héritiers, §§ 56. 126 et t. III, § 358.

[4] *Voy.* ci-après, § 94, n° 3 et § 123, III; t. II, §§ 205; 249, Obs., et § 298; t. III, §§ 387. 401. 418. 421.

[5] Fr. 3, § 2, D., *de itinere actuque privato* 43, 19. « In cuius locum hereditate, vel emtione, aliove quo iure successi. » — Quant au mot *auctor*, l'étymologie en est douteuse. Nous en parlerons ultérieurement à propos de l'usucapion (*usus, auctoritas*) et de l'autorisation du tuteur. Ici il suffit

nomme modes d'acquérir originaires. Quoique ces termes ne soient pas consacrés dans la terminologie romaine, la distinction est parfaitement juste et surtout d'une grande importance pratique, qui se montre particulièrement lorsqu'on considère la nature des droits acquis. Quant l'acquisition est originaire, le droit acquis existe tel que la volonté de l'acquéreur le crée [6]. Dans le cas de succession, au contraire, l'acquéreur prend le droit tel que son auteur le tenait. La qualité et l'étendue de son droit sont exactement déterminées par la qualité et l'étendue du droit de l'auteur; spécialement les extensions qui ont pu être données au droit de l'auteur, ainsi que les restrictions qui ont pu lui être imposées, sont également inhérentes au droit du successeur. C'est à cette conséquence que se rapporte le proverbe connu : *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* [7].

Dans l'acquisition par succession, les Romains établissent encore une distinction qui domine toute la matière. L'objet de la succession peut être un ou plusieurs droits déterminés, ou bien le patrimoine entier de l'auteur, c'est-à-dire l'ensemble des droits qui se rapportent à sa personne, tant ceux qui lui appartiennent que ceux que d'autres peuvent avoir contre lui. Dans le premier cas, on dit qu'il y a *successio in rem, in singulam rem, in singulas res;* dans le dernier cas, la succession se fait *per universitatem, in universum ius* [8]. A ces termes répondent les mots français succession à titre particulier et succession universelle ou à titre universel. Il serait difficile de faire comprendre ici toute l'importance de cette distinction; nous nous bornerons à indiquer la principale conséquence pratique qui en découle, sauf à donner les détails ci-après quand l'occasion s'en présentera. Dans la *successio per universitatem,* l'acquéreur succède dans tous les droits qui se rapportent à la personne de son auteur : par conséquent, il acquiert tous les droits réels, de même que les droits d'obligations; mais, par contre, il est aussi responsable

de dire qu'on le fait ordinairement dériver de *augere.* D'autres le mettent en rapport avec le grec αὐτος et écrivent *autor, autoritas. Voy.* ci-après, t. I[er], § 110, note 4; t. II, § 212, note 25; t. III, § 342. — Chez les Romains, au reste, le terme *auctor* n'est guère usité que dans les successions *in singulas res. Voy.* ci-après, note 8. Nous ne connaissons qu'un seul texte où il soit appliqué à une *successio per universitatem. Consultatio veteris icti* 6.

[6] Cette règle est fondée sur la nature des choses. Il n'y a guère qu'une exception, que nous signalerons quand nous parlerons des effets de l'usucapion. *Voy.* ci-après, § 115.

[7] Fr. 54, D., *de regulis iuris* 50, 17. — *Voy.* encore Fr. 59, D., *eodem.* « Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat. » — Fr. 175, § 1, D., *eodem* « Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit. » — Fr. 177, pr. D., *eodem* « Qui in ius dominiumve alterius succedit, iure eius uti debet. »

[8] Fr. 1, § 13, D., *quod legatorum.* 43, 3. « In locum *successisse* accipimus; sive *per universitatem,* sive *in rem* his sit successum. » — Gaius, II, 97. 98. — § 6, I., *per quas personas nobis acquiritur* 2, 9. — Fr. 8, D., *de iureiurando* 12, 2. — Fr. 3, § 1, D., *de exceptione rei venditæ et traditæ* 21, 3. — Fr. 24, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2.

vis-à-vis des tiers de toutes les obligations que l'auteur pouvait avoir contractées envers eux, il est tenu des dettes de son auteur. C'est ce que les Romains expriment énergiquement en disant que le successeur continue la personne de son auteur. Dans la *successio in singulam rem*, au contraire, le droit, objet de la succession, passe, à la vérité, au successeur tel que l'auteur l'avait, et particulièrement avec les restrictions et les charges qui peuvent avoir été imposées au droit; mais le successeur n'entre point dans les charges qui peuvent incomber à l'auteur en dehors de ce droit, il ne succède point à ses obligations personnelles, il n'est pas tenu de ses dettes.

Dans l'ancien droit romain, il y avait de nombreux cas de *successio per universitatem* [9]; dans le droit nouveau, il n'en est resté que deux espèces, savoir : la confiscation des biens, qui opère une succession universelle en faveur du fisc [10], et l'hérédité, c'est-à-dire la succession universelle dans le patrimoine d'un défunt dont le successeur est devenu héritier [11].

TITRE DEUXIÈME.

DES PERSONNES.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 9.

Tout droit suppose toujours nécessairement un sujet auquel il compète. Ce sujet s'appelle *persona* [1]. Le même mot sert également à désigner la capacité d'avoir des droits en général ou d'avoir et d'exercer tel droit déterminé. C'est dans ce dernier sens qu'on dit qu'un homme peut

[9] Dans quelques-uns de ces cas, la succession a lieu dans le patrimoine d'une personne encore vivante, *inter vivos;* dans d'autres, l'objet de la succession est le patrimoine d'une personne défunte, elle se fait *mortis causa*. Cette dernière catégorie sera traitée dans le livre cinquième. Quant aux *successiones per universitatem,* qui se faisaient *inter vivos,* nous en parlerons quand l'occasion se présentera dans le cours de notre exposé, savoir de la *bonorum sectio,* ci-après, § 97, IV; de celle du *bonorum emtor,* au t. II, § 299; de celle par *in manum conventio* et par adrogation, au t. III, §§ 309. 327; de celle en vertu du sénatus-consulte Claudien, au t. III, § 335, n° 3. La confiscation ne présente guère d'intérêt pour le droit privé. *Voy.* la note suivante.

[10] La confiscation n'offrant aucun intérêt, ni théorique ni pratique, nous nous bornons à indiquer les titres de nos sources qui s'occupent de cette matière : titt. Th. C., *de bonis proscriptorum s. damnatorum* 9, 42; D., *de bonis damnatorum* 48, 20; I. C., *eodem* 9, 49.

[11] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 358-413 et §§ 445-448.

[1] C'est le sens technique du mot *persona*. C'est dans ce sens que THÉOPHILE, ad § 2, I., *de hered. institut.* 2, 14, appelle les esclaves ἀπρόσωποι, *personam non habentes*. *Voy.* encore LE MÊME, ad Pr. I., *de stipul. servor.* 3, 17. — *Nov. Theod.*, 24, § 2. « Servos... quasi nec personam habentes. » — Toutefois, dans les Fr. 2. 3, D., *de statu hominum* 1, 5, on divise les *personæ* en

sustinere plures personas [2]. Ainsi, dans le fonctionnaire de l'État, on peut distinguer la qualité de personne publique et celle de particulier; un tuteur peut agir soit pour lui-même, soit pour son pupille. Il importe de bien distinguer ces diverses qualités quand il s'agit d'apprécier un acte quelconque, tant sous le rapport de la validité de l'acte que sous le rapport des effets qu'il peut produire. En général, ce qu'un individu fait en l'une de ces qualités n'influe en rien sur l'autre qualité, ni en sa faveur ni à son préjudice [3].

En droit naturel, l'unique sujet du droit, c'est l'homme; mais aussi tout homme a des droits. Les mots « homme » et « personne » sont synonymes. Mais le droit romain a établi des exceptions à ce principe général, soit en le restreignant, soit en l'étendant. En effet, il a privé certains hommes de la faculté d'avoir des droits, savoir, les esclaves, *servi;* par contre, il a donné cette faculté à des êtres qui ne sont pas individus humains. On appelle ces derniers personnes civiles ou morales, par opposition aux personnes physiques, terme par lequel on désigne l'homme capable d'avoir des droits [4].

DES PERSONNES PHYSIQUES.

§ 10. *De la personnalité physique.*

Pour qu'un individu puisse avoir la qualité de *persona,* il faut qu'il soit né vivant et né homme [1].

hommes libres et en *esclaves;* Gaius, I, 120. 121, parle de *serviles personæ;* et, dans plusieurs passages, on se sert du mot *persona* quand il s'agit d'esclaves. *Voy.* aussi ci-après, § 11, obs. 1, et t. III, §§ 333 et 346.

[2] Le terme se trouve dans Cic., *de oratore,* II, 24. « Itaque.... tres personas unus sustineo summa animi æquitate, *meam, adversarii, iudicis.* »

[3] Parmi les nombreux exemples qui pourraient servir à expliquer cette règle, nous nous bornons aux deux suivants : Fr. 2, D., *de officio consulis* 1, 10. « Consules apud se servos suos manumittere posse, nulla dubitatio est. Sed si evenerit, ut minor XX annis consul sit, apud se manumittere non poterit, cum ipse sit, qui ex senatusconsulto consilii causam examinat : apud collegam vero causa probata potest. » — § 4, I., *qui et quibus ex causis.* 1, 6. — §§ 4. 5. I., *de inofficioso testamento* 2, 18. « Si tutor nomine pupilli, cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere. Sed si, e contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, et superatus est, ipse, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit. » Pour comprendre ce dernier passage, il faut savoir : 1° que les enfants dont les parents ont lésé les droits d'hérédité par un testament peuvent attaquer ce testament comme *inofficieux,* droit auquel ils renoncent implicitement en acceptant un avantage qui leur est assuré par le testament; 2° que la personne qui a succombé dans l'action dirigée contre le testament perd tous les avantages que ce testament aurait pu lui assurer. *Voy.* ci-après, t. III, § 392.

[4] Les Romains se servent, à cet effet, des termes suivants : *personæ vicem sustinet, personæ vice fungitur,* § 2, I., *de hered. instit.* 2, 14. — Fr. 22, D., *de fideiussoribus* 46, 1.

[1] Fr. 129, D., *de verborum signific.* 50, 16. — Fr. 15, D., *de statu hominum* 1, 5 et la note suivante.

Sous ce dernier rapport, la loi refuse tout droit aux parts monstrueux, qui n'ont nullement la forme humaine. D'autres irrégularités de conformation moins graves ne privent pas de la capacité personnelle l'individu qui en est affecté [2]. Des commentateurs ont soutenu que la formation de la tête est le signe caractéristique pour distinguer les monstres; mais la loi n'en dit mot. Cette règle a été forgée à l'aide d'une interprétation aventureuse d'un passage du Digeste qui n'a pas le moindre rapport à notre matière [3].

L'homme est censé né vivant si, ayant été porté, pendant le temps fixé par la nature, dans le sein de sa mère [4], il a respiré après en avoir été dégagé [5]. Il paraît qu'anciennement quelques jurisconsultes avaient exigé que l'enfant eût crié; mais Justinien rejette cette opinion, d'accord en cela avec les Sabiniens [6]. Tant que l'enfant n'est pas né, il n'a pas une existence séparée : il est considéré comme faisant partie de sa mère [7]. Cependant, par une fiction de droit, l'enfant conçu est considéré comme déjà né, quand il s'agit de ses intérêts, *nasciturus pro iam nato habetur, quando de eius commodo agitur* * [8]. Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons l'occasion de constater diverses applications de cette règle. Ici nous nous bornons à en signaler les deux suivantes : *a*) un enfant conçu peut être institué héritier et légataire; *b*) si quelqu'un meurt, laissant une veuve

[2] Paul, IV, 9, 3. 4. — Fr. 14, D., *de statu hom.* 1, 5. « Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus : et ideo inter liberos connumerabitur. » — Fr. 12, § 1, D., *de liberis et postumis* 28, 2. — L. 3, in f. C., *de postumis heredibus instituendis* 6, 29. *Voy.* cependant ci-dessus, n° 176. — Nous trouvons encore les termes *ostentum, portentosus,* pour désigner des parts plus ou moins monstrueux. Fr. 38. 135, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[3] Fr. 44, pr. D., *de religiosis* 11, 7. « Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit : quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest; mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est : id est caput, cuius imago fit, inde cognoscimur. » Cf. ci-après, § 25, note 13.

[4] Paul, IV, 9, 1. « Matres.... ter et quater peperisse sufficiet, dummodo vivos et pleni temporis pariant. » 6. « Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur. » — § 1, I., *de liberis exheredandis* 2, 13. — L. 2, C., *de postumis heredibus instituendis* 6, 29. — L. 3, C., *eodem.* « ..... si vivus perfecte natus est... »

[5] Fr. 7, D., *de statu hominum* 1, 5. — Fr. 12, pr. D., *de liberis et postumis* 28, 2. « et si exsecto ventre editus sit. » — Fr. 6, pr. D., *de inofficioso testamento* 5, 2. — Fr. 129. 141. D., *de verb. signif.* 50, 16.

[6] L. 3, C., *de postumis heredibus instituendis vel exheredandis* 6, 29.

[7] Fr. 9, § 1, D., *ad legem Falcid.* 35, 2. « ... Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. » — Fr. 1, § 1, D., *de inspic. ventre* 25, 4. « ... Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum. » Cf. Fr. 12, D., *de liberis et postumis* 28, 2. — Fr. 30, § 1, D., *de adquir. hereditate* 29, 2. — Fr. 1, § 8, D., *unde cognati* 38, 8.

[8] Gaius, I, 89-91. — Fr. 7. 26, D., *de statu hominum* 1, 5. — Fr. 28, § 5, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 3, D., *si pars hereditatis petatur* 5, 4. — Fr. 30, § 1, D., *de adquir. hereditate* 29, 2. — Fr. 7, pr. D., *de rebus dubiis* 34, 5. — Fr. 7, D., *de suis et legitimis* 38, 16. — Fr. 36, D., *de solutionibus,* 46, 3. — Fr. 231, D., *de verb. signif.* 50, 16. Cf. Fr. 141. 153, D., *eodem.*

enceinte, la loi veut que, dans le partage de la succession, on réserve une part pour l'enfant à venir [9].

L'homme conserve jusqu'à son décès la personnalité qu'il a acquise en naissant, sauf les modifications que cette personnalité peut subir et que nous exposerons dans les paragraphes suivants. La mort d'une personne ne se présume point, elle doit être prouvée [10]. Cette preuve est souvent difficile à fournir, surtout quand il s'agit de déterminer le moment où le décès aurait eu lieu, moment qu'il est parfois très-important de constater d'une manière précise, particulièrement lorsque plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement [11]. S'il s'agit de parents et d'enfants, le droit romain admet comme présomption que l'enfant pubère a survécu à ses parents, et que l'enfant impubère est décédé avant eux [12].

Observation. — Aux deux conditions que nous venons d'indiquer, la plupart des jurisconsultes modernes ont l'habitude d'en ajouter une troisième : ils exigent que l'enfant soit né viable, *vitalis*. Mais que faut-il entendre par là? Généralement on dit qu'un enfant n'est viable que s'il est né au moins six mois ou 182 jours après sa conception. Cette manière de voir est évidemment inadmissible puisqu'elle fait dépendre l'existence d'une condition prétenduement essentielle d'un fait dont la constatation précise est absolument impossible. Aussi les textes qu'on invoque à l'appui traitent-ils d'une hypothèse qui n'a rien de commun avec notre matière [13]. C'est pourquoï d'autres disent qu'il faut, dans chaque cas donné, examiner si les conditions physiologiques de la viabilité existent. Posée en ces termes, la question est discutable *a priori*, et le législateur français a cru, en effet, devoir faire de la viabilité une condition essentielle de la personnalité humaine [14]. Cependant comme, d'une part, nos lois ne

9 *A*) *Voy.* ci-après, t. III, § 364, nº 4; 376, note 5; 383. C.; 419, C. — *B*) *Voy.* ci-après, t. III, § 406, observation.

10 *Nov.* 117, c. 11.

11 Fr. 9, pr. § 3. Fr. 10, § 1. Fr. 16. 17, D., *de rebus dubiis* 34, 5. — Fr. 18, pr. D., *eodem*. « ... Si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse. » — Fr. 32, § 14, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Fr. 34, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. — Fr. 26, D., *de donationibus mortis causa* 39, 6.

12 Fr. 9, § 1. 2. 4. Fr. 16, pr. Fr. 22. 23, D., *de rebus dubiis* 34, 5. — Fr. 26, pr. D., *de pactis dotalibus* 23, 4. — Fr. 32, § 14, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. — Des décisions particulières se trouvent : par rapport au droit de patronat au Fr. 9, § 2. D., *de rebus dubiis* 34, 5, et en matière de fidéicommis, au Fr. 17, § 7, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1.

13 Il s'y agit, en effet, de la question de savoir si un enfant né à un moment donné peut être considéré comme ayant été conçu à un autre moment, antérieur de six mois accomplis. Paul IV, 9, 5 (6). — Fr. 12, D., *de statu hom.* 1, 5. « Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis : et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, *iustum filium* esse. » Cf. Fr. 3, § 12, D., *de suis et legitimis* 38, 16, et ci-après, § 14, note 3.

14 Code Napoléon, art. 725. 906.

s'expriment pas de la même manière [15] et que, d'autre part, les constatations dont il s'agit, bien difficiles et souvent incertaines dans l'état actuel des sciences médicales, étaient probablement inconnues des Romains, nous avons préféré suivre l'opinion exposée dans le paragraphe qui précède et d'après laquelle il suffit d'être vivant, et même de n'avoir vécu qu'un moment [16], pour être personne et, par conséquent, capable de droits.

§ 11. *De la capacité civile. — Liberté, Cité, Famille (Homines sui, alieni iuris). — Capitis deminutio* †.

I. Le part humain chez lequel on rencontre les conditions exposées dans le paragraphe précédent est h o m m e. Mais pour qu'il soit personne, c'est-à-dire capable d'avoir des droits, la loi romaine exige, en outre, qu'il soit libre. Ce principe nous donne la grande division des hommes en hommes libres et en esclaves, *liberi* — *servi* [1]. Les esclaves ne sont point capables d'acquérir ni d'avoir des droits ; les hommes libres jouissent de cette capacité. Les esclaves peuvent être rendus à la liberté et acquérir ainsi la qualité de personnes. Par contre, l'homme libre peut devenir esclave [2]. Ce passage de l'état de liberté à l'esclavage s'appelle *capitis deminutio maxima* [3].

II. Les hommes libres sont capables d'avoir des droits. Mais tous ne le sont pas au même degré. Il y a des droits qui n'existent que par le *ius civile* des Romains, tandis que d'autres se trouvent fondés en droit naturel, *ius gentium* (§ 2). Les premiers sont réservés aux citoyens romains [4]; les étrangers, *peregrini,* ne peuvent prétendre qu'à ceux de la seconde catégorie. Entre les citoyens et les étrangers se trouvait une classe intermédiaire, les Latins, qui jouissaient d'une partie des droits résultant du *ius civile.* Ils avaient le *commercium*, c'est-à-dire la faculté d'acquérir des

[15] On a soutenu le contraire à cause des expressions *pleni temporis* et *perfecte natus,* qui se trouvent dans les passages cités à la note 4 ; mais ces locutions forment simplement antithèse avec *abortus.*

[16] L. 2, C., *de postumis* 6, 29. « ... quamvis natus ilico decesserit ». — L. 3, C., *eodem.* « ... licet ilico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decesserit ».

† Gaius, I, 159-162. — Ulpien, XI, 10-13. — Tit. I., *de capitis deminutione* 1, 16. — Tit. D., *de capite minutis* 4, 5.

[1] Gaius, I, 19. — Pr. I., *de iure personarum* 1, 3. — Fr. 3, D., *de statu hominum* 1, 5.

[2] Les détails sur la condition des esclaves et sur la manière dont l'esclavage s'établit et finit, se trouvent ci-après, t. III, §§ 333-3377.

[3] § 1, I, *hoc titulo* 1, 16. — Fr. 11, D., *eodem* 4, 5.

[4] Ce qui ne veut pas dire que les citoyens n'aient pas joui des droits du *ius gentium.* Cf. ci-dessus, nos 74. 75. Nous trouvons cependant la disposition particulière que le Latin qui devenait citoyen avait, au moins jusqu'à Trajan, besoin d'un octroi particulier pour conserver ses droits de cognation. Pline, *Panegyr.*, c. 37. 39. Cf. Table de Salpensa, c. 21. 22. 23.

biens et d'en disposer d'après le droit romain [5]; mais ils n'avaient point le *conubium*, c'est-à-dire la capacité de contracter un mariage civil et d'acquérir les droits qui en résultaient, savoir, la puissance paternelle et la parenté civile, qui seule donnait originairement le droit de succéder dans les biens d'une personne décédée sans testament [6].

Nous avons vu ci-dessus comment ces degrés de capacité civile se sont formés et développés; dans le cours de l'ouvrage, nous montrerons l'influence que cette division exerce sur les différentes institutions du droit romain. Ici nous pouvons nous borner à indiquer très-sommairement comment le droit de cité s'acquérait et se perdait [7].

Le droit de cité s'acquérait : 1° par la naissance. Dans le mariage légitime, *iustæ nuptiæ*, l'enfant suivait l'état du père et était citoyen si le père l'avait été au moment de la génération [8]. L'enfant né de relations qui n'étaient pas *iustæ nuptiæ* suivait l'état que la mère avait au moment de la naissance de l'enfant [9]; 2° par l'affranchissement valable et régulier [10]. L'esclave d'un citoyen romain devenait citoyen si son maître l'affranchissait en observant les formalités prescrites par la loi. Cette règle fut modifiée par les lois *Ælia Sentia* et *Iunia Norbana*, d'après lesquelles, dans certains cas, l'affranchi n'acquérait que la qualité d'étranger, *peregrinus dedititius*, ou de Latin, *Latinus Iunianus* [11]. Justinien rétablit l'ancien principe, d'après lequel l'esclave valablement affranchi devient de plein droit citoyen romain [12]; 3° le droit de cité était souvent accordé comme faveur, soit à des villes entières, soit à des individus [13]; 4° enfin, diverses dispositions législatives, du temps des empereurs facilitèrent

[5] Cependant la catégorie des Latins désignée par le nom de *Latini Iuniani* ne jouissait pas du *commercium* dans toute son étendue, en ce qui concerne les successions à cause de mort. *Voy.* ci-dessus, n° 156, et ci-après, t. III, §§ 536 sq. 570.

[6] *Voy.* les détails, ci-dessus, n°s 74. 75. 76.

[7] *Voy.* aussi ci-dessus, n°s 77. 157.

[8] *Voy.* ci-après, t. III, § 527.

[9] Cic., *topica* 4. « Si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum conubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur.... » — Gaius, I, 68. 80. 88 et suiv. — Ulpien, V, 8-10. — Fr. 24, D., *de statu hominum*, 1, 5. — Une loi qui, dans les manuscrits, est appelée *Minicia* et *Mensia*, refusa la qualité de citoyen à l'enfant né d'un mariage entre une citoyenne romaine et un étranger. Cette disposition fut modifiée par un sénatus-consulte sous Adrien. Ulpien, V, 8. « Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente conubio matris conditioni accedunt : excepto eo qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia (Mensia) ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi jubet. » — Gaius, I, 77. 78. 79. D'autres particularités qui se rapportent à cette question se trouvent dans Gaius, I, 30. 66. 80 sqq., et Ulpien, III, 3. *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 536, n° 2. — Il ne faut, d'ailleurs, point perdre de vue qu'un enfant naturel peut, dans le droit nouveau, acquérir la qualité d'enfant légitime au moyen de la légitimation, t. III, § 529.

[10] *Voy.* ci-après, t. III, § 537.

[11] *Voy.* ci-dessus, n°s 77. 156, et ci-après, t. III, § 537.

[12] L. 1, C., *de dediticia libertate tollenda* 7, 5. — L. 1, C., *de latina libert. toll.* 7, 6.

[13] *Voy.* ci-dessus, n°s 77. 156.

l'acquisition du droit de cité. La plupart de ces dispositions concernent les Latins [14] : il importe cependant d'en signaler deux qui ont un caractère plus général : *a*). Celui qui, ayant été affranchi avant d'avoir atteint l'âge de trente ans et sans avoir acquis par l'affranchissement le droit de cité, s'était marié avec une Romaine ou une Latine, et avait de ce mariage un enfant âgé d'un an, *anniculus,* pouvait, d'après une disposition de la loi *Ælia Sentia,* acquérir le droit de cité pour lui et, le cas échéant, pour sa femme et son enfant, ainsi que la puissance sur ce dernier, en prouvant son mariage et l'existence de l'enfant, *causæ probatio*. La loi Junia Norbana confirma cette disposition pour les *Latini Iuniani,* et un sénatus-consulte sous Vespasien abolit la restriction de l'âge de trente ans [15]. *b*). Le citoyen qui avait épousé une femme étrangère ou latine, la croyant romaine, pouvait acquérir le droit de cité pour sa femme et ses enfants, en prouvant son erreur devant l'autorité compétente, *erroris causæ probatio* [16].

On perdait le droit de cité : 1° en perdant la liberté [17]. Si cependant un Romain, fait prisonnier de guerre, revenait dans son pays, on le considérait par une fiction comme étant toujours resté libre et citoyen romain *ius postliminii*. De même, la restitution en entier contre une condamnation criminelle avait un effet rétroactif au jour de la condamnation [18]; 2° en renonçant à la qualité de citoyen romain, ce qui avait lieu quand on se faisait recevoir citoyen dans un autre État [19]; 3° par suite de la condamnation à l'exil, *aqua et igni interdictio,* à la déportation [20].

[14] Déjà sous la république, les Latins jouissaient, sous ce rapport, de divers priviléges. *Voy.* ci-dessus, n° 77. Ceux qui leur compètent sous l'empereur Alexandre Sévère sont énumérés par Ulpien, titre III. Cf. Gaius, I, 29-31.

[15] Gaius, I, 29-31. 66. — Ulpien, III, 3. — *Voy.* ci-après, § 327, note 5, et § 336, note 31.

[16] Gaius, I, 67-75. — Ulpien, VII. 4. — *Voy.* ci-après, § 327, note 5.

[17] *Voy.* à cet égard, ci-après, t. III, § 335, où nous exposerons comment s'établit l'esclavage. Cf. ci-dessus, n° 77 *in fine*, et Tite-Live, XXII, 60. — César, *de bello civili,* II, 32. — Festus, v. *Deminutus*. — Gaius, I, 90. 128. — Fr. 4. 5, § 1, D., *de captivis* 49, 15. — Fr. 1, § 2. 3. 4, D., *de legatis III* (32). — Fr. 2, § 1. Fr. 17, § 1, D., *de pœnis* 48, 19. — Fr. 5, § 3, D., *de extr. cognit.* 50, 13.

[18] *A*) Fr. 4, D., *de captivis et postliminio* 49, 15. *Voy.*, pour les détails, ci-après, § 98, et t. III, §§ 332 et 335. — *B*) L. 1. 3. 6, C., *de sententiam passis et restitutis* 9, 51.

[19] *Voy.* ci-dessus, n° 77 et Cic., *pro Balbo,* 11. « Duarum civitatum civis esse, nostro iure civili, nemo potest : non esse huius civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest. » — Le même, *ibid.* 12. 13; *pro Cæcina,* 33. 34. « Nam cum ex nostro iure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur et civitas denique, cum is, qui profugit, receptus est in exsilium, hoc est in aliam civitatem. » — Le même, *de oratore,* I, 40. — Boethius, *in Topica* 4. — Par la même raison l'esclave prisonnier de guerre qui, par l'affranchissement, avait acquis le droit de cité, le perdait s'il retournait chez les siens, et reprenait son ancienne nationalité en vertu du *ius postliminii.* Cic., *pro Balbo,* 11. 12. — Fr. 5, § 3, D., *de captivis* 49, 15.

[20] *Voy.* ci-dessus, n°s 77. 164.

Le citoyen romain qui perdait son droit de cité subissait une *capitis deminutio*, qu'on appelle *media* ou *minor* [21].

III. Entre les *cives* mêmes, il y a une différence fondamentale de capacité. Les uns sont *sui iuris*, les autres *alieni iuris*, c'est-à-dire soumis à la puissance d'un tiers [22]. Cette division est fondée sur l'organisation de la famille romaine, dont nous devrons faire connaître sommairement la nature, sauf à donner les détails dans le livre quatrième. Conformément à l'esprit d'individualisme qui caractérise le droit romain, toute la famille se résumait en une seule personne, le chef de la famille, *paterfamilias* [23]. Toutes les personnes qui se trouvaient dans la famille lui appartenaient, soit qu'il en fût l'auteur, par exemple, ses enfants, soit qu'il les eût acquises, par exemple, sa femme, ses esclaves. — Il est probable que, dans le principe, l'état de soumission était le même pour tous les membres de la famille. Par la suite, on distingua diverses espèces de soumissions, savoir : 1° la puissance du mari sur sa femme, *manus;* 2° la puissance du père sur ses enfants, *patria potestas;* 3° la puissance du maître sur ses esclaves,* *dominica potestas;* 4° la puissance qu'un citoyen pouvait avoir sur un autre citoyen qui dès lors lui appartenait à peu près comme un esclave, mais sans perdre la liberté ni même le droit de cité, *mancipium* [24]. Nous nous réservons de faire connaître ultérieurement, dans le droit de famille, la nature de ces diverses institutions, et de montrer comment la *manus* et le *mancipium* ont disparu, de sorte que, dans le droit nouveau, il ne reste plus que la puissance paternelle et celle du maître sur l'esclave. Ici il suffit d'exposer l'influence que l'état de soumission exerçait sur la capacité des personnes qui s'y trouvaient. Cette soumission ne les privait pas, sauf les esclaves, de leur personnalité, ni même de leur droit de cité. Ainsi, sous le rapport politique, le fils, quoique soumis à la puissance du père, était l'égal du père [25]; le *mancipium* même n'était que provisoirement privé des droits politiques. Quant aux droits

[21] Gaius, I, 161. — Ulpien, XI, 12. — § 2, I., *de cap. demin.* 1, 16. — Fr. 11, D., *de cap. min.* 4, 5. Cf. Fr. 1, § 4, D., *de suis et legitimis* 38, 15. — C'est pourquoi Regulus, fait prisonnier par les Carthaginois, est appelé *capitis minor* par Horace, *Odes*, III, 5, 42.

[22] Gaius, I, 48. — Pr. I., *de his qui sui vel alieni iuris sunt* 1, 8. — Fr. 1, pr. D., *eodem* 1, 6.

[23] Pour prévenir tout malentendu, faisons observer que la qualité de *paterfamilias* appartient à tout citoyen *sui iuris*, alors même qu'il n'aurait aucune famille dans le sens moderne du mot. L'enfant qui vient de naître est *paterfamilias*, s'il n'est sous la puissance de personne. *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. III, §§ 325 et suivants.

[24] Gaius, I, 49. « Sed rursus earum personarum, quæ alieno iuri subiectæ sunt, aliæ in *potestate*, aliæ in *manu*, aliæ in *mancipio* sunt. 52. In *potestate* itaque sunt *servi dominorum*... 55. Item in potestate nostra sunt *liberi* nostri. » — Le même, 1, 142. II, 86. 96. III, 163. — Ulpien, XIX. 18. XXIV, 23 sqq. — *Voy.* t. III, §§ 325. 326 sqq. 333 sqq. 338. 339.

[25] Tite-Live, XXIV, 44. — Valère-Maxime, II, 2, 4. — Aulu-Gelle, II, 2. — Fr. 9, D., *de his qui sui vel alieni iuris sunt* 1, 6. « Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, velut si magistratum gerat, vel tutor detur. » — Fr. 3, D., *de adopt.* 1, 7. — Fr. 77. 78, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 13, § 5. Fr. 14, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1.

civils, la femme *in manu*, le fils sous puissance, et le *mancipium*, jouissaient du *conubium* et du *commercium*, et pouvaient acquérir et s'obliger en vertu de ces deux attributions. Mais tout ce qu'ils acquéraient appartenait au chef, *paterfamilias*, de la même manière et par le même motif que le produit de notre chose devient notre propriété [26]. Par rapport aux acquisitions, de quelque nature qu'elles soient, toute la famille est donc absorbée dans la personne du chef; les autres membres n'ont de personnalité que pour lui; ils ne forment qu'une personne avec lui [27]. Cependant, quoiqu'ils puissent augmenter le patrimoine de la famille, c'est-à-dire du chef, la loi ne leur reconnaît pas la capacité d'obliger ce dernier par leurs actes [28]. — Ces règles sont communes à toutes les personnes soumises à une puissance.

Dans ces relations de famille, il y a aussi une *capitis deminutio* appelée *minima* [29]. Le mot *capitis deminutio* semble indiquer une diminution de capacité, et tel est réellement le sens du mot; toutefois, par rapport à la famille, ce terme est aussi employé dans quelques cas où l'opération qu'il sert à désigner, loin de réduire, peut même augmenter la capacité de la personne qui la subit. C'est ce qui a fait dire que la *capitis deminutio* était un simple changement d'état [30]. Mais il est facile de se convaincre que, d'après les idées originaires, toute *capitis deminutio* suppose une véritable dégradation [31]. Ainsi, dans l'émancipation, acte par lequel le

[26] Gaius, II, 86. « Adquiritur autem nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, manu, mancipiove habemus. » – Id., III, 163. – Ulpien, XIX, 18. « Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid, mancipio puta, acceperint aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. 19. Item si heredes instituti sint, legatumve eis sit, et, hereditatem iussu nostro adeuntes, nobis adquirunt, et legatum ad nos pertinet. » – Tit. I., *per quas personas nobis adquiritur* 1, 9. – Tit. I., *per quas personas nobis oblig. adquiritur* 3, 28.

[27] C'est ainsi que Justinien s'exprime dans la L. 11, C., *de impub. et aliis substit.* 6, 26. « Cum et natura pater et filius eadem esse persona pœne intelligantur. » Toutefois, il est à remarquer que, dans ce passage, il ne s'agit point de la puissance paternelle. — § 4, in f. I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « ... Quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus quæ tibi adquiri possunt. »

[28] Fr. 133, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Melior condicio nostra..... fieri potest, deterior fieri non potest. » — Mais ils peuvent s'obliger eux-mêmes personnellement, comme ils ont, en général, pleine capacité juridique, sauf en ce qui concerne les dispositions à cause de mort par testament. *Voy.* ci-après, t. II, § 233, Observation; t. III, §§ 331. 381.

[29] Gaius, I, 159-162. – § 3, I., *de capitis deminutione* 1, 16. – Tit. D., *de capite minutis* 4, 5.

[30] Festus, v. *Deminutus*. – Boethius ad Cic., *topica*, c. 4. – Gaius, I, 159. – Ulpien, XI, 13. – Paul, I, 7, 2. III, 6, 29. – Pr. § 3, I., *de cap. demin.* 1, 16. – Fr. 2, D., *de in int. rest.* 4, 1. – Fr. 9, § 4, D., *de minor.* 4, 4. – Fr. 1. 3, pr. 7, pr. 11, D., *de cap. min* 4, 5. – Fr. 4, § 10, D., *de gradibus et adfinibus* 38, 10. – L. 28, C., *de liberali causa* 7, 14.

[31] Contre cette manière de voir, que de Savigny a développée d'une manière ingénieuse mais qui pourtant compte beaucoup plus d'adversaires que de partisans, l'on fait valoir les passages cités à la note précédente. Aucun de ces passages cependant ne contredit notre opinion, telle que nous l'avons formulée dans le texte, à l'exception du Fr. 3, pr. D., *de capite minutis* 4, 5, où Paul, en parlant des enfants de l'homme *sui iuris* qui se fait adroger, dit : « liberos.... placet minui

père de famille affranchit le fils de la puissance paternelle, ce dernier, loin d'être réduit à une condition inférieure, acquiert une capacité plus grande; car de *alieni iuris* qu'il était, il devient *sui iuris*. Mais il ne faut pas perdre de vue que, pour obtenir ce résultat, il a dû subir une véritable dégradation, car l'affranchissement ne pouvait se faire qu'au moyen d'une vente, *mancipatio*, qui le plaçait dans l'état de *mancipium*, état analogue à celui d'esclave [32]. Aussi ne parle-t-on pas de *capitis deminutio* quand l'enfant sort de la puissance paternelle, sans passer par l'état de *mancipium;* par exemple, ensuite de la mort du père ou de certaines dignités sacerdotales [33].

En résumé : 1° Les hommes sont libres ou esclaves. L'homme libre qui devient esclave subit la *capitis deminutio maxima*. 2° Les hommes libres sont *cives* ou ne le sont pas. Le citoyen qui perd le droit de cité subit la *capitis deminutio media* ou *minor*. 3° Les *cives* sont ou *sui* ou *alieni iuris*. L'homme *sui iuris* qui devient *alieni iuris* subit la *capitis deminutio minima*. La même diminution a lieu toutes les fois qu'il y a un changement dans les rapports de famille, opéré au moyen d'un passage par un état inférieur, quand même, en dernier résultat, l'opération aboutirait à l'acquisition d'un état supérieur [34].

Observation. 1. Le mot *caput* est en quelque sorte synonyme de *persona* et signifie la capacité de droits qu'un homme peut avoir sous un rapport quelconque; la négation même de toute capacité est désignée par le mot *caput*, *servile caput* [35]. Mais, dans une signification plus spé-

caput (ou *capite*), cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint. » Ces enfants, en effet, ne souffrent aucune dégradation, même passagère. Mais, en présence de la haute probabilité de notre explication, il nous est bien permis de douter de l'exactitude de cette proposition isolée, si mal motivée (*cum in aliena potestate sint*) et dénuée, d'ailleurs, de toute importance pratique. *Voy.* de Savigny, *System.*, t. II, Appendice VI.

[32] Fr. 3, § 1, D., *de cap. min.* 4, 5. « Emancipato filio et ceteris personis, capitis minutio manifesto accidit; cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. » (Gaius, I, 132. 162. – Ulpien, I, 1). — Gaius, I, 138. « Ii, qui in causa mancipii sunt... servorum loco habentur. »

[33] Fr. 3, § 4, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. « Si a filiofamilias stipulatus sim et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive *morte patris*, sive alias sui iuris *sine capitis deminutione* fuerit effectus... » – Gaius, III, 114. « ... Si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti *morte eius*, aut quod ipse *flamen dialis* inauguratus est. » – Cf. le même, I, 130. – Ulpien, X, 5. – Tacite, *Ann.*, IV. 16. – Aulu-Gelle, I, 12, 9. « Virgo autem Vestalis simul est capta... eo statim tempore sine emancipatione ac sine *capitis minutione* e patris potestate exit. »

[34] Pr. I., *de capitis demin.* 1, 16. – Fr. 11, D., *de capite minutis* 4, 5. « Capitis deminutionis tria genera sunt : maxima, media, minima. Tria enim sunt quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, *maximam* esse capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, *mediam* esse deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, *minimam* esse capitis deminutionem constat. »

[35] Fr. 3, § 1, in f. D., *de cap. min.* 4, 5. « ... *Servile caput* nullum ius habet ». – § 4, I., *de cap. demin.* 1, 16. « Servus autem manumissus capite non minuitur, qui *nullum caput* habet. »

ciale, il comprend l'ensemble des droits qu'on peut avoir par rapport à la liberté, à la cité et à la famille [36]. Le mot *status* est employé à peu près dans le même sens, quoique, à la vérité, il paraisse moins technique; car il se trouve très-fréquemment comme synonyme de *condicio* pour désigner une position quelconque de la vie sociale. C'est par ce motif que les commentateurs appellent souvent les trois états mentionnés *status principales* *.

Observation. 2. Il va sans dire que la *capitis deminutio maxima* implique toujours les deux autres *minutiones;* car un esclave ne peut être citoyen ni avoir des droits dans la famille romaine. De même la *capitis deminutio media* comprend la *minima*. Au reste, la *capitis deminutio minima* n'exerce aucune influence sur les droits politiques des citoyens. Il en est autrement de la *maxima* et *media capitis deminutio,* qu'on comprend souvent dans la dénomination commune de *magna capitis deminutio* [37]. On considère le citoyen qui la subit comme frappé de mort civile [38].

§ 12. *Impubères, pubères. — Mineurs, majeurs.*

I. De tout temps, on avait distingué à Rome les pubères et les impubères ou pupilles [1]. Ces derniers ne pouvaient point contracter mariage; ils n'avaient pas non plus la faculté de faire un testament [2]. Cette double incapacité était absolue et rien ne pouvait les en relever. Quant aux autres opérations de la vie civile, les pupilles pouvaient, en

[36] D'après Niebuhr, *Hist. rom.*, t. I, p. 606; t. II, p. 460, on aurait originairement entendu par *caput* le rôle du citoyen dans les listes du cens. Tous changements qui devaient avoir pour effet de ranger le citoyen dans une catégorie inférieure (*deterioris iuris*), et, à plus forte raison, ceux qui consistaient à le biffer des listes, auraient dès lors reçu le nom de *capitis deminutiones*. De Savigny fait valoir à l'appui de cette hypothèse que, du temps des empereurs encore, *caput* signifiait l'unité qui servait de base à l'impôt. *Voy.* ci-dessus, n° 227.

[37] Fr. 1, § 4, D., *de suis et legitimis heredibus* 38, 16. – Fr. 1, § 8, D., *ad Sc. Tertullianum* 38, 17. – Fr. 5, § 3, D., *de extraordin. cognit.* 50, 13. — Mais *voy.* aussi L. ult. C., *de usufructu* 3, 33.

[38] Fr. 63, § 10, D., *pro socio* 17, 2. « ... Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte... »

[1] On se sert particulièrement du mot *pupille* pour désigner un impubère qui n'est pas soumis à la puissance paternelle. Fr. 239, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. Mais cet usage n'est pas absolu. Fr. 7, § 3, D., *de peculio* 15, 1. « *Pupillum* autem tam filium, quam servum, peculium habere posse... » – Fr. 20, D., *de ritu nuptiarum* 23, 3. – Fr. 21, D., *de auctoritate tutorum* 26, 8. – Fr. 141, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[2] Pr. I., *de nuptiis* 1, 10. « Iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem *viripotentes*. » – § 1, I., *quibus non est permissum test. facere* 2, 12. « Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est. » — Pour être complet, faisons encore remarquer que les impubères ne pouvaient remplir des fonctions publiques (Fr. 2, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17), ni être témoins dans un acte juridique (§ 6, I., *de testamentis ordinandis* 2, 10 Fr. 3, § 5. Fr. 19, § 4, D., *de testibus* 22, 5).

général, par des actes juridiques, améliorer leur position ; mais ils étaient incapables d'aliéner et de s'obliger. Cependant, comme il peut se faire que les pupilles se trouvent dans la nécessité de faire des actes entraînant une aliénation de droits ou une obligation, on leur adjoignait une personne appelée *tutor*, dont l'intervention servait à donner à ces actes la validité nécessaire [3]. — Dans le principe, la puberté dépendait du développement physique de chaque individu, *habitus corporis*. Cette mesure étant trop peu précise et trop individuelle, la jurisprudence chercha à fixer l'époque d'une manière plus certaine. Les Proculéiens, d'après l'avis des Stoïciens, admirent l'âge de quatorze ans accomplis comme l'âge de la puberté ; les Sabiniens s'en tinrent, en général, à l'ancien système. Enfin, il paraît que d'autres exigeaient à la fois un certain âge et le développement physique nécessaire pour constituer la puberté. Justinien mit fin à cette incertitude en fixant l'âge de la puberté à quatorze ans pour les garçons et à douze ans pour les filles [4].

Parmi les impubères, on distingue encore les *infantes* et les *infantia majores* [5]. Les enfants, c'est-à-dire les personnes au-dessous de sept ans. sont censés n'avoir point de volonté et sont par conséquent incapables de faire un acte quelconque, même à leur avantage (§ 34) [6]. Ceux qui ont passé l'âge de l'enfance, tout en étant impubères, peuvent acquérir et, en général, faire des actes qui leur sont avantageux ; mais ils ne peuvent point aliéner, ni s'obliger, ni disposer de leurs biens de quelque manière

[3] Pr. I., *de auctoritate tutorum* 1, 21. *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. III, § 346.

[4] Gaius, I, 196. — Ulpien, XI, 28. « Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit ; Proculeiani autem, eum qui quatuordecim annos explevit ; verum *Priscus* eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum. » M. Schilling propose de remplacer dans ce passage le nom *Priscus* par les mots *plerisque visum est*. (PLRS. VS. E.) — Pr. I., *quibus modis tutela finitur* 1, 22, et Théophile et Schrader *ad h. l.* — L. 3, C., *quando tutores esse desinant* 5, 60. — L. 24, C., *de nuptiis* 5, 4. — *Voy.* encore, sur la controverse des deux écoles et sur l'opinion mixte, Servius *ad Verg. Eclog.*, VIII, 39. « Bene cum *annis* iungit *habitum corporis ;* nam et in iure pubertas *ex utroque* colligitur. » — Le même, *ad Verg. Æn.*, VII, 57. « ... *secundum ius ... et ex annorum ratione et ex habitu corporis ætas comprobatur.* » — Ps. Quintil., *declam.* 279. — Les Tables d'Osuna, c. 98, indiquent déjà l'âge de quatorze ans.

[5] Le mot *infans* signifie originairement *qui fari non potest*. Fr. 30, § 2, D., *de fideic. libert.* 40, 5. — Varron, *de l. l.*, VI, 51 (V, 7. Golhofr. — p. 65 Bipont.). — Isidore, *Orig.*, XI, 2. — Mais des constitutions impériales déclarent que l'enfance ne cesse qu'à l'âge de sept ans. L. 8, Th. C., *de maternis bonis* 8, 18. — L. 18, I. C., *de iure deliber.* 6, 30. *Voy.* cependant Théophile, ad Inst., III, 19, 9.

[6] Fr. 1, § 12, D., *de obl. et act.* 44. 7. « Furiosum, sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est. 13. Huic proximus est, qui eius ætatis est, ut nondum intelligat quod agatur... nam *qui loqui potest* creditur et stipulari et promittere recte posse. » — § 10, I., *de inutil. stipul.* 3, 19, et Schrader, *ad h. l.* — Théophile, ad § 9, I., *eodem*. — Fr. 70, D., *de verborum obligationibus* 45, 1. — Toutefois on admet qu'un *infans*, avec l'assistance de son tuteur, peut prendre *possession* d'une chose. Fr. 32, § 2, D., *de adquir. poss.* 41, 2. « Infans *possidere* recte potest si tutore auctore cœpit..., pupillus tamen sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest » Cf. ci-après, § 85, n° 2.

que ce soit [7]. Ils sont appelés *infantiæ* ou *pubertati proximi*, selon qu'ils sont plus près de l'enfance ou de la puberté [8].

II. Dans l'ancien droit, les *puberes* jouissaient d'une capacité absolue : ils avaient la libre disposition de leurs biens, ils pouvaient agir et s'obliger comme bon leur semblait. Cette liberté ayant souvent produit des conséquences fâcheuses, la loi *Plætoria* menaça d'une poursuite publique ceux qui, en traitant avec un pubère âgé de moins de vingt-cinq ans, *minor* XXV *annis*, auraient abusé de sa jeunesse pour le tromper. En outre, elle donnait aux mineurs plusieurs moyens d'invalider les obligations contractées par eux [9]. Depuis, on distinguait les *minores* et les *majores* XXV *annis*. — La protection de la loi *Plætoria* cependant parut insuffisante par la suite, et le préteur et les empereurs créèrent en faveur des mineurs d'autres dispositions exceptionnelles, parmi lesquelles il suffit ici de mentionner le bénéfice de la restitution en entier, qui doit son origine à l'édit prétorien [10], et l'institution de la curatelle qui se trouve déjà dans la loi *Plætoria*, mais qui fut généralisée plus tard par des constitutions impériales [11].

Si, d'un côté, la loi favorisait ainsi les mineurs, d'un autre côté, elle leur rendait plus difficiles les opérations de la vie ordinaire et restreignait, sous certains rapports, leur capacité juridique [12]. Il pouvait donc, selon les circonstances, paraître avantageux de ne pas tomber sous l'application des dispositions législatives qui se rapportent aux mineurs. C'est pourquoi des constitutions impériales permirent aux hommes âgés de plus de vingt ans et aux femmes âgées de plus de dix-huit ans de

[7] *Voy.* ci-dessus, la note 3, et ci-après, t. III, § 346.

[8] Cette sous-distinction, dont, au reste, les termes ne sont pas fixés par la loi, n'a d'importance que par rapport à l'imputabilité des actes illicites commis par l'impubère. Les *infantes* et les *infantiæ proximi* ne sont responsables d'aucun acte qu'ils peuvent poser; mais l'*impubes pubertati proximus* peut s'obliger par son dol et par les délits qu'il commet. § 18, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 13, § 1, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 5, § 2, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 4, § 26, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. — Fr. 23, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 111, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — Cf. § 10, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19, ainsi que la Glose et Schrader, *ad h. l.* et ci-après, t. II, § 267.

[9] *Voy.* ci-après, t. III, § 356. — D'après la leçon de plusieurs manuscrits, on appelle souvent cette loi *Lætoria;* mais un document authentique, la Table d'Héraclée, lin. 112, porte expressément « quive *lege Plætoria*, ob eamve rem, quod adversus eam legem fecerit, condemnatus est. » La date de la loi Plætoria est inconnue; mais comme Plaute, *Pseudolus,* I, 3, 69, parle d'une *lex quina vicenaria,* qui ne peut être que notre loi Plætoria, elle doit être antérieure à l'an 570; car c'est à cette année que Cic., *Brutus,* 15, rapporte la mort de Plaute.

[10] Tit. D., *de minoribus* 4, 4. — Voy. ci-après, § 74.

[11] *Voy.* ci-après, t. III, § 356.

[12] En général, les mineurs étaient capables d'agir, d'acquérir, d'aliéner et de s'obliger. Mais ils ne pouvaient, sans le concours d'un curateur, ester en justice pour gérer un procès, se faire adroger, recevoir un payement et donner décharge. En outre, les mineurs sous curatelle étaient frappés de plusieurs incapacités que nous indiquerons ci-après, t. III, § 356. — La loi protégeait les mineurs en leur accordant la restitution en entier, en les mettant, sous certains rapports, à

demander à l'empereur la *venia ætatis*, qui les assimilait aux majeurs, sauf quelques restrictions relatives à la faculté d'aliéner [13].

III. Les personnes d'un âge très-avancé sont dispensées de certaines charges et fonctions publiques. Nous n'avons guère à mentionner ici que la disposition qui permet aux hommes âgés de plus de soixante et dix ans de refuser une tutelle qui leur est déférée [14].

§ 13. *Hommes. — Femmes* †.

En principe, le droit romain reconnaît aux deux sexes la même capacité de droit [1]. Cependant, dans l'ordre politique, la femme ne comptait point, et même, au point de vue des droits civils, elle se trouvait anciennement de fait dans une dépendance complète. De deux choses l'une, en effet : la femme était soumise au pouvoir du chef de la famille à laquelle elle appartenait, pouvoir qui était soit la puissance paternelle, soit la puissance maritale qu'on appelait *manus* [2]; ou bien, quand elle était *sui iuris*, elle se trouvait placée sous un tuteur qui lui était donné par son ancien *paterfamilias* ou par la loi [3]. Quelque puissant que dût être le frein imposé par ces deux institutions, l'on crut devoir y ajouter encore. Vers la fin du sixième siècle, la loi *Voconia* restreignit la capacité des femmes de recevoir des libéralités à cause de mort, et la jurisprudence agit dans le même esprit sur les successions *ab intestat* [4]. Cependant cette tendance ne put résister longtemps à l'influence des idées nouvelles. La sujétion résultant de la *manus* et de la tutelle des femmes, déjà singulièrement

l'abri de la prescription, et en leur pardonnant leur ignorance en matière de droit. *Voy.* ci-après, §§ 60. 74, et t. II, § 201, OBS. — Enfin, il est à remarquer que le mineur est incapable d'être tuteur (§ 14, I., *de excusationibus* 1, 25); que le *minor XVIII annis* ne peut être *iudex*, et que le *minor XVII annis* n'a pas qualité pour postuler, c'est-à-dire représenter quelqu'un en justice. Fr. 1, D., *de postulando* 3, 1. — Fr. 57, D., *de re iudicata* 42, 1.

[13] Tit. Th. C., *qui veniam ætatis impetraverunt* 2, 17. — Tit. I. C., *eodem* 2, 45. — L. 2, Th. C., *de in integrum restitutione* 2, 16. — L. 10, I. C., *de appellationibus* 7, 62. — *Voy.*, encore, ci-après, t. III, § 356.

[14] D'après FESTUS, v. *Sexagenarios,* soixante ans auraient dispensé des fonctions publiques. Cf. TABLES D'OSUNA, c. 98. Plus tard ce privilége n'est accordé qu'aux septuagénaires. Fr. 3, D., *de iure immunit.* 50, 6. — L. 10, C., *de decur.* 10, 31. — L'âge de cinquante-cinq ans donnait le droit de refuser les fonctions de *décurion*. Fr. 2, § 8. Fr. 11, D., *de decur.* 50, 2. — L. 3, C., *qui ætate vel professione.* 10, 49. — Pour la tutelle, *voy.* ci-après, t. III, § 354, n° 4.

† M. LABOULAYE, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*. Paris, 1843.

[1] Fr. 1, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Verbum hoc, *si quis,* tam masculos quam feminas complectitur ». — Fr. 52. 152. 195. pr. D., *eodem.* — Fr. 45, pr. D., *de legatis II* (31). — Cependant « in multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum », dit le Fr. 9, D., *de statu hominum* 1, 5. Cf. Fr. 1, D., *de senatoribus* 1, 9. — Fr. 3, § 3, D., *de muneribus* 50, 4. — Fr. 2, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 11, n° III, et pour les détails, ci-après, t. III, §§ 304. 338.

[3] *Voy.* ci-après, t. III, § 354.

[4] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 360 et 363.

affaiblie dans les derniers temps de la république, disparut vers la fin de la troisième époque, et déjà auparavant les dispositions de la loi *Voconia* avaient cessé d'être appliquées [5]. — Dans le droit nouveau, il y a une seule différence fondamentale entre les deux sexes : la femme ne peut avoir sur ses enfants la puissance que le *ius civile* reconnaît au père sous le nom de *patria potestas* [6]. Les autres particularités que la loi consacre à l'égard des femmes se rapportent à des points moins importants et ont pour but soit de restreindre leur capacité, soit de leur assurer une protection motivée par la faiblesse qu'on leur attribue. Ainsi elles sont incapables, sauf quelques exceptions, de gérer une tutelle [7], et elles ont une capacité plus restreinte dans plusieurs actes judiciaires [8]. Par contre, elles atteignent l'âge de la puberté plus tôt que les hommes, elles ne sont pas passibles de la contrainte par corps, elles ne s'obligent pas quand elles se portent caution [9], et on leur permet de revenir sur des actes préjudiciables qu'elles auraient faits par suite d'une erreur qui ne serait point excusée d'après les règles générales du droit [10].

Le droit romain parle encore des hermaphrodites, mais sans les admettre comme une classe particulière; il veut qu'on les considère comme étant du sexe dont ils approchent le plus [11].

§ 14. *De la parenté* †. — *De la légitimité.*

On appelle légitimes les enfants issus d'un mariage civil romain (*iustæ nuptiæ, iustum matrimonium*), c'est-à-dire d'un mariage contracté en vertu du *connubium* et qui produit les effets consacrés par le *ius civile*, notamment la puissance paternelle et le droit d'agnation, qui en est une conséquence [1]. Tous les autres enfants sont illégitimes. Ce nom com-

[5] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 338 et les autres paragraphes cités aux notes 3 et 4.

[6] *Voy.* ci-après, t. III, § 326.

[7] Fr. 2, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — Fr. 12, § 4, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. ult. D., *de tutelis* 26, 1, et ci-après, t. III, § 344, nº 3.

[8] Fr. 1, § 5, D., *de postulando* 3, 1. « ... (Prætor) feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi est, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres. Origo vero introducta est a Carphania, improbissima femina, quæ inverecunde postulans et magistratum inquietans, causam dedit edicto. » — Fr. 20, § 6, D., *qui testam. facere poss.* 28, 1. — Fr. 8, D., *de accusationibus* 48, 2.

[9] *A*) *Voy.* § 12, note 4. — *B*) *Nov.* 134, c. 9. — *C*) Tit. D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1; C., *eodem* 4, 29, et ci-après, t. II, § 265.

[10] *Voy.* ci-après, t. II, § 201, note 26.

[11] Fr. 10, D., *de statu hom.* 1, 5. « Quæritur, hermaphroditum cui comparemus. Et magis puto eius sexus æstimandum, qui in eo prævalet. » — Fr. 15, § 1, D., *de testibus* 22, 5. — Fr. 6, § 2, D., *de liberis et postumis* 28, 2.

† Tit. I., *de gradibus cognatorum* 3, 6. — Tit. D., *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* 38, 10.

[1] *Voy.* ci-après, t. III, § 319.

prendrait donc aussi bien les enfants nés d'un mariage *iuris gentium* que ceux nés hors mariage [2]. Toutefois, après l'ordonnance de Caracalla, qui accorde à tous les sujets de l'empire le droit de cité et surtout après l'abolition de la qualité de *Latinus Iunianus* et de *peregrinus dedititius*, les mariages *iuris gentium* ne peuvent guère se rencontrer, et l'on peut dire que tous les enfants nés d'un mariage valable sont légitimes. Pour constater la paternité, les lois ont établi la présomption que l'enfant né d'une femme mariée a pour père le mari, lorsqu'il est né six mois (182 jours) après la célébration du mariage ou dans les dix mois qui suivent la dissolution du lien conjugal : *Pater est quem nuptiæ demonstrant* [3].

Les enfants nés hors mariage peuvent être : 1° naturels, nés d'une concubine : le concubinat était une institution légale chez les Romains [4]; 2° adultérins, nés d'un commerce adultérin; 3° incestueux, nés d'un commerce incestueux, c'est-à-dire de personnes parentes à un degré qui fait obstacle au mariage; 4° *spurii* ou *vulgo quæsiti*, *vulgo concepti*, tous les autres enfants illégitimes [5]. Il est à remarquer que tous les enfants illégitimes sont toujours *sui iuris*, parce qu'ils ne se trouvent dans aucun rapport civil avec leur père. La loi les reconnaît comme parents de leur mère et des parents de leur mère [6], mais elle n'admet aucune parenté entre eux et le père [7]. Toutefois les enfants naturels proprement dits

[2] Aussi les *Vaticana fragm.* 194, emploient-ils le terme *iniusti filii*, dans un cas où il y a évidemment un mariage valable, mais non civil. Cf. Fr. 13, § 1, D., *de adulteriis* 48, 5. – Fr. 27, § 2, D., *ad municipalem* 50, 1.

[3] Fr. 12, D., *de statu hominum* 1, 5. – Fr. 6, D., *de his qui sui vel alieni iuris sunt* 1, 6. – Fr. 29, pr. D., *de liberis et postumis* 28, 2. – Fr. 3, § 11. 12, D., *de suis et legitimis* 38, 16. – L. 4, C., *de postumis* 6, 27. – Cf. L. 11, C., *de naturalibus liberis* 5, 27. *Voy.* pour les détails, ci-après, t. III, §§ 319. 327. — La règle « *pater est quem nuptiæ demonstrant,* » se trouve au Fr. 5, D., *de in ius vocando* 2, 44, mais par rapport à une question tout autre que celle à propos de laquelle on la cite ordinairement. *Voy.* ci-après, note 7.

[4] *Voy.* ci-après, t. III, § 324.

[5] Gaius, I, 64. – Ulpien, IV, 2. V, 7. – § 12, I., *de nuptiis* 1, 10. – Fr. 19. 23, D., *de statu hominum* 1, 5. – Cf. Fr. 14, § 2, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2, et ci-après, t. III, § 305, n° 8. — Au reste, le mot *naturalis* a, dans cette matière, différentes significations, suivant le terme auquel on l'oppose. Ainsi, en opposition aux enfants issus d'un mariage légitime, il sert à désigner les enfants nés de concubinat, et c'est là le sens propre du mot; mais souvent aussi, en opposition aux enfants adoptifs, il comprend les enfants *procréés* par génération même d'un mariage civil. Ulpien, VIII, 1. XXVIII, 3. – Pr. I., *de adopt.* 1, 11. – § 2, I., *de hered. ab intestato* 3, 1. — Les enfants nés du commerce entre deux esclaves sont également appelés *naturales* au Fr. 88, § 12, in f. D., *de legatis II* (31). « Naturales liberos, id est, in servitute susceptos. »

[6] Les liens de parenté entre les enfants illégitimes, d'un côté, et leur mère et les parents de leur mère, de l'autre, sont les mêmes que ceux qui unissent les enfants légitimes avec leur mère et ses parents. *Voy.* surtout ci-après, t. III, §§ 362. 377. — Des constitutions impériales ont cependant introduit quelques restrictions relativement aux enfants illégitimes d'une femme appartenant à la classe des *illustres*, et aux enfants adultérins et incestueux. L. 6, C., *de incestis nuptiis* 5, 5.– L. 5, C., *ad Sc. Orphitianum* 6, 57. – *Nov.* 89, c. 14.

[7] C'est à propos de cette règle que les Romains disent que *pater est quem nuptiæ demonstrant.* Fr. 5, D., *de in ius vocando* 2, 4. « Quia (mater) semper certa est, etiamsi vulgo conceperit, pater

peuvent acquérir la qualité d'enfants légitimes par un acte civil appelé *legitimatio,* et même, comme enfants naturels, ils ont, dans la législation de Justinien, des droits de succession, quoique restreints, dans les biens de leur père [8].

§ 15. *Agnatio. — Cognatio.*

Les Romains distinguent la parenté civile, *agnatio*, et la parenté naturelle, *cognatio* [1]

L'agnation est la parenté fondée sur la famille romaine, dont la puissance paternelle est la base et le caractère distinctif [2]. Il y a agnation entre deux personnes toutes les fois que l'une d'elles se trouve sous la puissance de l'autre, ou que toutes les deux se trouvent sous la même puissance, ou s'y sont trouvées, ou auraient pu s'y trouver, pourvu que, dans ces deux derniers cas, la cause qui fait qu'elles ne se trouvent pas sous la même puissance soit un événement naturel, c'est-à-dire la mort du père de famille [3]. Ainsi sont agnats : le père et l'enfant qui se trouve sous la puissance du père; deux enfants d'un père vivant qui se trouvent sous la puissance de celui-ci; deux frères ou sœurs dont le père est mort; deux frères ou sœurs dont l'un est né après la mort du père, etc. [4].

L'agnation s'établit de la même manière que la puissance paternelle, savoir : 1° par génération dans un mariage civil; 2° par adoption, acte civil au moyen duquel un père de famille acquiert la puissance paternelle

est quem nuptiæ demonstrant. » – Cf. Gaius, 1, 64. « ... Patrem habere non intelliguntur, cum incertus sit, unde solent *spurii* filii appellari... quasi sine patre filii. » – Fr. 4, D., *unde cognati* 38, 8.

[8] *Voy.* ci-après, t. III, § 378.

[1] Fr. 4, § 2, D., *de gradibus et adfinibus* 38, 10.

[2] Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons souvent l'occasion de faire observer combien il est difficile de donner une bonne définition des institutions qui ne doivent leur origine qu'au droit positif, *ius civile* (Fr. 202, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Omnis definitio in iure *civili* periculosa est...). On s'en convaincra aisément en examinant les définitions que les anciens donnent de l'agnation et qui toutes sont vicieuses. Nous nous bornerons à indiquer les effets de l'agnation et à donner une énumération complète des cas dans lesquels ce lien existe. — Voici, au reste, les principaux passages des anciens sur l'agnation : Gaius, I, 156. « Sunt autem *adgnati* per virilis sexus personas cognatione iunctæ, *quasi a patre cognatæ.* III, 10. Vocantur autem *adgnati,* qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quæ per virilis sexus personas coniungitur. » – § 1, I., *de legitima adgnat. tutela* 1, 15. – § 4, I., *de success. cognat.* 3, 5. « ... Cum adgnatio a patre, cognatio sit a matre. » – Fr. 4, D., *unde cognati* 38, 8. « Quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur. »

[3] Pour simplifier la matière, nous ne parlons ici que de la puissance paternelle; mais la femme qui entrait *in manum* acquérait également les droits d'agnation. *Voy.* t. III, §§ 304. 338.

[4] Fr. 12, D., *de suis et legitimis* 38, 16. – Fr. 10, § 3, D., *de gradibus* 38, 10. – Fr. 6, D., *unde legitimi* 38, 7. Il peut donc y avoir *agnation* entre deux personnes qui ne se trouvent point sous la même puissance et ne s'y sont jamais trouvées, pourvu que la circonstance qui a empêché ce rapport de soumission commune soit un événement naturel, c'est-à-dire la mort de l'auteur com-

sur une personne qui ne se trouvait pas auparavant dans ce lien vis-à-vis de lui; 3° par légitimation, acte civil qui fait acquérir au père la puissance paternelle sur ses enfants naturels [5].

Le lien de l'agnation est rompu toutes les fois que la puissance paternelle qui en est la base vient à cesser par un événement autre que la mort du père de famille. Le fils émancipé n'est plus agnat ni de son père ni de ses frères ou sœurs. La vierge vestale n'a plus d'agnats. Il en est de même lorsque l'un des agnats entre dans une autre famille, ce qui peut se faire au moyen de l'adoption [6].

Comme l'agnation n'existe que par la puissance paternelle et que cette dernière ne peut appartenir aux femmes, il est évident qu'il n'y a point d'agnation entre la mère et ses enfants.

La cognation ou la parenté naturelle est le lien qui s'établit par la génération entre deux personnes dont l'une est l'auteur de l'autre ou qui ont un auteur commun. Il importe peu que la génération ait eu lieu en mariage ou hors mariage; mais comme le droit romain ne reconnaît point de père à l'enfant né hors mariage, cet enfant n'est cognat que de sa mère et des cognats de celle-ci [7].

En comparant cette notion avec celle que nous avons donnée de l'agnation, on voit aisément que l'agnation par génération établit toujours nécessairement la cognation, tandis qu'il peut y avoir cognation sans agnation; par exemple, entre l'enfant et la mère, entre le père et le fils émancipé [8]. L'adoption crée également la cognation d'après le droit romain; alors on parle de cognation civile, *cognatio fingitur* [9]. La légi-

mun, arrivée soit après, soit avant la naissance des deux personnes dont il s'agit. Mais si cette circonstance provient d'un acte civil, particulièrement de l'émancipation de l'une des personnes en question ou d'une personne intermédiaire, l'agnation devient impossible. Fr. 7, pr. D., *de cap. min.* 4, 5. « Adgnatis... qui desinunt esse familia mutati. » — (Ulpien), Fr. 195, § 2, D., *de verb. signif.* 50. 16. « Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum; nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt recte eiusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. »

[5] *A. B.*) Fr. 4, § 2, D., *de gradibus et adfin.* 38, 10. — § 2, I., *de legit. adgnat. succ.* 3, 2. — *C.*) § 13, I., *de nuptiis* 1, 10. — *Voy.*, pour les détails, ci après, t. III, §§ 327. 328. 329.

[6] *A. C.*) § 3, I., *de legit. adgnat. tut.* 1, 15. — Fr. 4, § 10, D., *de gradib. et adfin.* 38, 10. — *B.*) *Voy.* ci-dessus, § 11, notes 30 et suivantes.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 14, notes 5. 6.

[8] Gaius, III, 24. — § 1, I., *de legit. adgnat. tut.* 1, 15. « Sunt autem adgnati cognati per virilis sexus personas cognatione coniuncti quasi a patre cognati... At qui per feminini sexus personas cognatione iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati. » — Fr. 10, § 2, D., *de gradib. et adfin.* 38, 10. « Cognati sunt et quos adgnatos lex duodecim tabularum appellat; sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia : qui autem per feminas coniunguntur, cognati tantum nominantur. » § 4. « Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem; nam qui est adgnatus, et cognatus est; non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est; alterum enim civile, alterum naturale nomen est. »

[9] Fr. 4, § 2, D., *de gradib. et adfin.* 38, 10. « ... Et quidem *naturalis* cognatio *per se* sine civili cognatione intelligitur quæ per feminam descendit quæ vulgo liberos peperit. *Civilis* autem *per se*,

timation ne fait que constater une cognation que la loi civile refusait de reconnaître.

Dans l'origine, le droit romain ne connaissait que la parenté civile : entre simples cognats, il n'y avait aucun lien juridique, aucun lien de famille proprement dite. Cela se montrait surtout dans les successions *ab intestat*, auxquelles les agnats seuls étaient appelés par la loi, et dans le pouvoir de protection que les parents avaient sur les femmes et les membres impubères de la famille, *tutela* [10]. A la longue cependant, cette rigueur des anciennes coutumes dut se modifier avec les mœurs et céder devant l'influence toute-puissante du *ius gentium*. Déjà sous la république, des lois positives accordèrent aux cognats une position légale [11]. Mais ce fut surtout dans les successions héréditaires que ce mouvement devint important. D'après l'ancien droit national, les enfants émancipés étaient exclus de la succession de leur père, et il n'y avait point de succession entre la mère et ses enfants. Cette exclusion blessant les sentiments de famille des générations suivantes, le préteur admit à la succession les enfants émancipés et même d'autres cognats ; des sénatus-consultes établirent un droit de succession entre la mère et les enfants, et au moyen de réformes partielles, on en arriva au point que Justinien se crut obligé d'abolir l'ancienne différence entre les agnats et les cognats, en accordant à ces derniers tous les droits que la législation antérieure avait réservés à la parenté civile. La même assimilation fut, par le même empereur, appliquée à la tutelle [12].

§ 16. *Ligne directe et collatérale. — Parenté complexe. — Degrés de parenté.*

Il y a parenté en ligne directe entre deux personnes quand l'une d'elles descend de l'autre, et en ligne indirecte ou collatérale, quand l'une ne descend pas de l'autre, mais que toutes deux descendent d'un auteur commun [1]. La ligne directe est *descendante* ou *ascendante*,

quæ etiam legitima dicitur, sine iure naturali, cognatio consistit per adoptionem. *Utroque iure* consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. »

[10] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 342. 360. 367.

[11] Notamment les cognats figurent fréquemment parmi les personnes jouissant du privilége d'être exceptées des restrictions ou prohibitions portées par certaines lois, *personæ exceptæ*. Exemples : la loi *Cincia*, *voy.* ci-après, t. II, § 255 ; la loi *Furia testamentaria*, *voy.* ci-après, t. III, § 425 ; la loi *Iulia et Papia Poppæa*, *voy.* ci-dessus, nº 176 *in fine*.

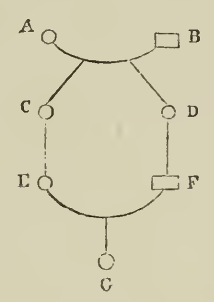
[12] Ces réformes radicales furent réalisées par la célèbre *Novelle* 118 de Justinien. *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. III, §§ 342. 345. 361. 362. 368. 370. 376. 377.

[1] *Recta linea — transversa linea, ex transverso, ex obliquo, a latere.* Pr. I., *de gradibus cognatorum* 3, 6. — Fr. 1, pr. Fr. 9. 10, § 9, D., *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum* 38, 10

selon qu'on descend de l'auteur à sa progéniture ou que l'on remonte de cette dernière à l'auteur [2]. Dans la ligne collatérale, il y a une autre distinction à faire : les collatéraux qui ont les deux auteurs (père et mère, grand-père et grand'mère, etc.) communs s'appellent *germains*; s'ils n'ont de commun que le père, etc., ils s'appellent *consanguins*, et *utérins* si c'est la mère, etc., qui leur est commune. (Voyez ci-après Obs. 1.)

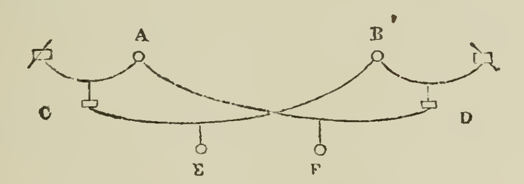
Il peut se faire que deux personnes soient parentes l'une de l'autre à plus d'un titre. Ces rapports complexes peuvent s'établir de différentes manières.

Exemple : Deux personnes parentes entre elles se marient et procréent des enfants [3].



E et F, cousin et cousine, se marient et procréent G. Tous les ascendants de G se trouvent vis-à-vis de lui dans un double rapport de parenté. Ainsi, pour ne parler que de C et D, l'on voit que C est à la fois grand-père du côté paternel et grand-oncle du côté maternel par rapport à G. De même D est son grand-père du côté maternel et son grand-oncle du côté paternel.

D'autres exemples :

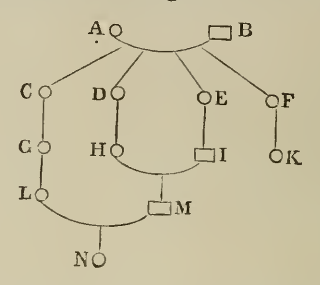


A et B épousent l'un la fille de l'autre. Du mariage entre A et D naît un enfant F : du mariage entre B et C naît un enfant E. Ces enfants seront respectivement oncles et neveux l'un de l'autre. F est l'oncle de E, parce

[2] *Ascendentes, linea s. ordo superior. — Descendentes, linea s. ordo inferior.* Fr. 1, pr. Fr. 9. 10, D., *de gradibus et adfin.*, 38, 10.

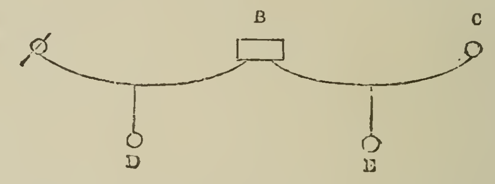
[3] Dans les tableaux généalogiques, nous nous servirons des signes usités chez les auteurs allemands, savoir du signe O pour désigner les hommes et du signe ⊐ pour désigner les femmes. Un trait horizontal indiquera que les deux personnes qu'il relie sont mariées; le trait vertical

qu'il est le frère consanguin de C, mère de E. Par contre, F est le neveu de E, parce que E est le frère consanguin de D, mère de F.



N se trouve dans un triple rapport de parenté avec tous les membres de sa famille qui figurent dans le tableau.

L'adoption peut aussi produire un lien complexe entre deux personnes, lorsqu'elles étaient déjà liées auparavant par agnation ou cognation.

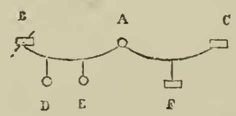


La femme B, qui a un enfant D, épouse en secondes noces C, lequel adopte l'enfant D. L'enfant E qui naît du second mariage sera le frère utérin de D par génération et en même temps son frère consanguin par adoption.

Ces rapports complexes peuvent exercer de l'influence sur les parts héréditaires dans les successions *ab intestat* [4].

La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations qui relient les deux personnes unies. Chaque génération forme un degré : * *Tot sunt gradus, quot sunt generationes* * [5]. Dans la ligne directe, la com-

indiquera que l'une des personnes descend de l'autre. Quand le signe qui représente une personne est traversé d'une barre, cette personne est décédée.



Voici, d'après ces signes conventionnels, l'explication du tableau précédent. A et B ont de leur mariage deux fils, D et E. Après la mort de sa femme, A épouse en secondes noces la femme C. De ce mariage naît la fille F ; D et E sont frères germains. F. est la sœur consanguine de D. et E.

[4] *Voy.* ci-après, t. III, § 377, OBSERVATION 2. Bornons-nous ici à signaler que si, dans l'hypothèse figurée par notre avant-dernier tableau, la succession de A ou de B était déférée à N et à K, le premier prendra trois parts et le dernier une part seulement.

[5] § 7. 8, I., *de gradibus cognationis* 3, 6. — Fr. 10, § 9. 10, D., *de gradibus et adfinibus*, 38, 10.

putation se fait de la manière la plus simple : père et fils sont parents au premier degré, grand-père et petit-fils au second degré, et ainsi de suite. Dans la ligne collatérale, on compte les générations qu'il y a entre les deux personnes en remontant de l'une jusqu'à l'auteur commun, et en descendant de celui-ci jusqu'à l'autre personne. Ainsi, des frères sont parents au second degré; oncle et neveu, au troisième; des cousins, au quatrième, etc. [6].

Observation. Nous employons les mots *germains*, *consanguins*, *utérins*, dans le sens technique des jurisconsultes modernes. Les Romains ne leur donnaient pas une signification aussi exclusive. Ainsi, des frères consanguins, dans le sens moderne, étaient quelquefois appelés *germani* [7]; des frères *utérins* aussi étaient désignés par ce nom [8]. Le mot *consanguinei* signifiait originairement des enfants ayant le même père, c'est-à-dire liés entre eux par agnation, sans que l'on distinguât s'ils avaient des mères différentes ou la même mère [9].

§ 17. *De l'affinité.*

L'*affinité* est le lien qui s'établit par le mariage entre deux époux ou entre l'un d'eux et les parents de l'autre [1]. Sous ce dernier rapport, elle peut exister en ligne directe, par exemple, entre l'un des époux et les

[6] Le droit canon suit le même système dans la ligne directe; mais, dans la ligne collatérale, il ne compte que la distance entre l'auteur commun et la personne qui en est le plus éloignée, sans tenir compte de la distance qui peut séparer l'autre personne de l'auteur commun. Quand les deux personnes sont à la même distance de l'auteur commun, on compte les générations qui séparent ce dernier de l'une ou de l'autre des deux personnes. Ainsi, deux frères sont collatéraux au premier degré; oncle et neveu le sont au second; deux cousins, également au second degré, etc.

[7] § 3, in f. § 4, I., *de legitima adgnatorum successione* 3, 2, et Schrader, *ad h. l.*

[8] Servius, *ad Verg. Æn.*, V, 412. « Germanus est, secundum Varronem in libris de gradibus, de eadem genitrice manans..., secundum quem bene nunc Erycen, Butæ et Veneris filium, Æneæ dicit fuisse germanum. » — Isidore, *Orig.*, IX, 6. « Germani vero de eadem genitrice manantes, etc. »

[9] Ulpien, XXVI, 1. « ...... Consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre. » — § 1, I., *de legit. adgnat. success.* 3, 2. « ... Itaque eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint. » — *Coll. leg. Mos. et Rom.*, XVI, 3, 15. « *Consanguinei* sunt : eodem patre nati, licet diversis matribus, qui in potestate fuerunt mortis tempore; adoptivus quoque frater, si non sit emancipatus; et hi qui post mortem patris nati sunt, vel causam probaverunt. » — *Voy.* ci-après, t. III, §§ 360-362.

[1] *Vat. fragm.*, 302. « Excipiuntur et adfinium personæ, ut privignus, privigna, noverca..., vir et uxor, sponsus, sponsa ». (Cf. ci-après, t. III, § 307. Cf. Fr. 8. D., *de condictione c. d. c. n. s.* 12, 4 et Fr. 38, § 1, D., *de usuris* 22, 1.) — *Voy.* encore *Vat. fragm.* 218. 262, et Fr. 5, pr. D., *de iniuriis* 47, 10. — L. 5, C., *de heredibus instit.* 6, 24. « Non ideo minus uxor tua iure heres videtur instituta, quod non uxor, sed adfinis testamento nominata est. » — Fr. 4, § 3, D., *de grad. et adfin.* 38, 10. « ... Adfines sunt viri et uxores cognati, dicti ab eo, quod quæ cognationes, quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem succedit; namque coniungendæ adfinitatis causa fit ex nuptiis. » — Cf. Fr. 4, § 10, D., *eodem*, et Fr. 14, pr. § 1, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2.

descendants ou ascendants de l'autre, ou en ligne collatérale, savoir entre l'un des époux et les parents collatéraux de l'autre. Les parents de l'un des époux ne sont point *affines* des parents de l'autre époux [2].

Comme l'affinité s'établit par le mariage, de même elle cesse par la dissolution du mariage [3]. Il va sans dire qu'il n'y a pas d'affinité entre l'un des époux et les personnes qui ne deviennent parentes de l'autre qu'après la dissolution du mariage.

L'affinité n'exerce guère d'influence sur les droits des personnes qui se trouvent dans ce rapport, si ce n'est qu'elle forme à certains degrés obstacle au mariage et qu'elle peut faire naître l'obligation de se fournir mutuellement des aliments. Le lien qui s'établit par le mariage entre le mari et la femme crée, en outre, des rapports de droit très-importants que nous exposerons au titre *du Mariage* [4].

A la rigueur, il n'y a point de degrés dans l'affinité [5], parce qu'elle ne s'établit pas par génération; mais on a l'habitude d'appliquer à l'affinité les degrés de la parenté. Ainsi l'on dit que l'un des époux est allié des parents de l'autre au même degré que celui-ci est leur parent.

§ 18. *De l'honneur civil* †.

La considération publique dont un homme jouit est sans doute indépendante des lois; mais le droit romain attache à certains faits qui sont présumés la modifier des conséquences légales. Sous ce rapport, l'opinion publique sur notre honneur, *existimatio,* a une importance juridique.

Cette *existimatio* peut recevoir des atteintes plus ou moins graves, ou, comme dit un jurisconsulte romain, *consumitur aut minuitur* [1].

Elle est entièrement anéantie par toute *capitis deminutio magna,* c'est-à-dire par la perte de la liberté ou du droit de cité [2].

Sans perdre la liberté ni le droit de cité, le citoyen romain pouvait

[2] Moins encore parents. Fr. 34, § 2, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. – Fr. 10, § 13, D., *de gradibus et adfin.* 38, 10. — Le droit canon considère comme *adfines* les parents des deux époux.

[3] Fr. 3, § 1, D., *de postulando* 3, 1. « Adfinitates non eas accipere debemus, quæ quondam fuerunt, sed præsentes. » — Mais *voy.* Gaius, I, 63; *Vaticana fragm.* 218. 219, et ci-après, t. III, § 306, n° 8.

[4] *Voy.* ci-après, t. III, § 306, n° 8.

[5] Fr. 4, § 5, D., *de gradibus et adfin.* 38, 10. « Gradus autem adfinitati nulli sunt. » – Fr. 10, pr. D., *eodem.* – Fr. 5, pr. D., *de iniuriis* 47, 19. – *Vaticana fragm.* 216. 217.

† Tabula Heracleensis, lin. 108-141. – Tit. D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. – Tit. C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12. – Tit. C., *de infamibus* 10, 57.

[1] Fr. 5, § 1, D., *de extraordinriis cognitionibus* 50, 13. « *Existimatio* est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut *minuitur* aut *consumitur.* »

[2] Fr. 5, § 3, D., *eodem* « Consumitur... quoties magna capitis minutio intervenit, id est, cum libertas adimitur : veluti cum aqua et igni interdicitur, etc. »

être privé de l'exercice de certains droits [3]. Depuis les temps les plus reculés, les Romains avaient reconnu à l'opinion publique le pouvoir de rendre les personnes mal famées incapables de faire des actes qui semblent exiger un honneur intact. Déjà la loi des Douze Tables parle de *homines intestabiles*, c'est-à-dire d'hommes inhabiles à faire les actes solennels dans lesquels des témoins sont nécessaires, et cette défense était très-grave, parce que l'intervention de témoins était alors indispensable dans presque tous les actes de la vie civile [4]. De bonne heure aussi on désigne par les termes *infamia*, *ignominia*, une diminution de l'*existimatio* assez forte pour priver celui qui en est frappé de l'exercice des droits politiques [5]. Il est probable que les censeurs se faisaient à cet égard les interprètes de l'opinion publique, en usant de leur pouvoir arbitraire dans le recensement des citoyens, qui leur permettait d'enlever aux sénateurs la dignité sénatoriale, de faire sortir les chevaliers de l'ordre équestre, et même de priver un citoyen de tous les droits politiques, en le classant parmi les *ærarii* (nº 58). En dehors de cette *nota censoria*, qui était abandonnée à l'arbitraire du magistrat et qui pouvait être effacée par ses successeurs, la loi attachait des conséquences analogues à certains crimes et frappait de l'infamie ceux qui s'en étaient rendus coupables [6]. Cette institution prit un développement complet dans l'édit du préteur [7], qui lui donna plus d'extension et lui attribua aussi des effets civils, en déclarant les infâmes incapables d'ester en justice comme mandataires d'autres personnes, *postulare* [8], et d'intenter une de ces actions d'intérêt public que l'on appelait *populares* [9]. Sous l'empire, l'importance

[3] Fr. 5, § 2, D., *eodem*. « MINUITUR existimatio, quoties manente libertate circa statum dignitatis pœna plectimur, sicuti cum relegatur quis... vel cum in eam causam quis incidit, quæ edicto perpetuo infamiæ causa enumeratur. »

[4] La loi des Douze Tables menace de cette peine celui qui, ayant servi de témoin dans un acte solennel, refuse de déposer en cette qualité : AULU-GELLE, XV, 13. « Item ex iisdem (XII) tabulis id quoque est : QUI SE SIERIT TESTARIER, LIBRIPENSVE FUERIT, NI TESTIMONIUM FARIATUR, IMPROBUS INTESTABILISQUE ESTO. »

[5] CICÉRON, *pro Cluentio* 42. « Sic hominibus ignominia notatis, neque ad honorem aditus, neque in curiam reditus esset. » — LE MÊME, *pro Quinctio* 8; *pro Roscio com.* 6, en parlant de procès qui peuvent entraîner l'infamie, les qualifie de *iudicia summæ existimationis et pœne dicam capitis, causæ capitis*.

[6] CICÉRON, *pro Cluentio* 43. « *Turpi iudicio* damnati, *in perpetuum* omni honore ac dignitate privantur. » Cf. ci-dessus, nº 95.

[7] Le texte de l'édit se trouve Fr. 1, D., *h. t.* 3. 2.

[8] *Vaticana fragm.* 323 sq. — Fr. 1, § 5-8, D., *de postulando* 3, 1. « 8. Ait Prætor : QUI LEGE, PLEBISCITO, SENATUSCONSULTO, EDICTO, DECRETO PRINCIPUM, NISI PRO CERTIS PERSONIS, POSTULARE PROHIBENTUR : HI PRO ALIO, QUAM PRO QUO LICEBIT, IN IURE APUD ME NE POSTULENT. Hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto Prætoris *ut infames notantur*. » Fr. 3, § 6 in f. et § 11, D., *eodem*. — Fr. 4, D., *de popul. act.* 47, 23. « Popularis actio integræ personæ permittitur : hoc est, cui per edictum postulare licet. » — Tit. Gr. C., *de postulando* 1, 1. — Cette incapacité fut abolie par Justinien. § 11, I., *de exceptionibus* 4, 13.

[9] Fr. 4, D., *de popul. actionibus* 47, 23 à la note précédente. — Fr. 4. 8. D., *de accusat.*

politique de l'infamie diminua naturellement de plus en plus, et il n'en resta que les effets civils. Aussi est-ce à propos des actes de procédure que nos sources traitent de l'infamie.

L'infamie résultait : 1° de toute condamnation criminelle dans un *iudicium publicum* [10]. D'abord cette conséquence n'était attachée qu'à certains crimes déterminés; mais sous les empereurs on admit le principe d'une manière générale et on l'étendit même à certains jugements extraordinaires, n'ayant pas le caractère de *iudicium publicum* [11]; de la condamnation pour certains délits privés, particulièrement du chef de vol, de rapines, d'injures et de dol [12]. La condamnation pour dol ou fraude entraîne l'infamie même dans certains cas qui ne constituent pas un délit, savoir quand elle est prononcée contre un mandataire, un associé, un dépositaire ou un tuteur infidèles [13]; 3° de l'exercice de certaines professions honteuses [14]; 4° enfin la loi déclarait infâmes la femme qui se remariait avant l'expiration de l'année de deuil, les bigames et ceux qui, étant fiancés, contractaient d'autres fiançailles; les femmes saisies en flagrant délit d'adultère, les banqueroutiers, les parjures, les soldats ignominieusement renvoyés, les usuriers, etc. [15].

En lisant cette énumération, on voit que, dans quelques cas, l'infamie résulte immédiatement de tel fait ou de l'exercice de telle profession, tandis que, dans d'autres, elle suppose nécessairement une condamna-

48. 2. — Cf. Fr. 7, pr. D., *ad legem Iuliam maiestatis* 48, 4 et L. 15, C., *de his qui accusare non possunt* 9, 1.

[10] Cf. ci-dessus, n° 95.

[11] *A*) TABULA HERACLEENSIS, lin. 117-120. – Fr. 1. Fr. 4, § 4, D., *h. t.* 3, 2. – Fr. 56, D., *pro socio* 17, 2. – Fr 7. 22, D., *de publicis iudiciis* 48, 1. – Fr. 1, pr. D., *ad legem Iuliam de vi privata* 48, 7. — *B*) Fr. 4, § 4, D., *h. t.* – Fr. 13, § 8, D., *eodem*, et Fr. 2, D., *stellionatus* 47, 20. Cf. ci-après, § 160, *in fine*. – Fr. 1. 3, D., *de sepulcro violato* 47, 12. – Fr. 4, D., *de prævaricatione* 47, 15. – L. 12, C., *h. t.* 2, 12.

[12] § 2, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. – Fr. 4, § 5, D., *h. t.* – Fr. 56, D., *pro socio* 17, 2. — *Voy.* ci-après, t. II, §§ 267-272.

[13] Il paraît que déjà la loi des Douze Tables avait infligé la peine de l'infamie au tuteur infidèle. Pr. § 6, I., *de suspectis tutoribus* 1, 26, et ci-après, t. III, § 351, notes 11. 16. – Pour les autres cas mentionnés dans le texte, *voy.* les matières auxquelles ils se rapportent (ci-après, t. II, §§ 221. 226. 239) et les passages suivants : TABULA HERACLEENSIS, lin. 111 sq. – CIC., *de natura deorum* III, 30; *de oratore* I, 37; *pro Roscio Amer.* 38. 39; *pro Roscio com.* 6; *pro Cæcina* 2. 3. – *Coll. leg. Mos.* X, 2. – § 2, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. – Fr. 1, 6, § 5. 6, D., *h. t.* – Fr. 42, D., *de verb. signif.* 50, 16. – L. 21, C., *mandati* 4, 35 et *passim*.

[14] « Qui lenocinium fecerit; qui artis ludicræ pronunciandive causa in scenam prodierit; qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit; femina corpore quæstum faciens. » – *Voy.* TABULA HERACLEENSIS, lin. 112. 113. 122. 123. – Fr. 1, pr. D., *h. t.* 3, 2. – Fr. 1, § 6, D., *de postulando* 3, 1, et *passim*.

[15] Il serait fastidieux de citer ici tous les textes à l'appui, d'autant plus que nous serons obligé de revenir sur les cas particuliers. Nous nous bornons à mentionner les passages suivants : *Qui ab exercitu ignominiæ causa dimissus erit.* TABULA HERACL., lin. 121; Fr. 1, pr. D., *h. t.* – *Vir qui corpore suo muliebria passus est.* Fr. 1, § 6, D., *de postulando* 3, 1.

tion. Cette différence sert de base à la division des modernes en *infamia immediata* * et *infamia mediata* * [16].

Dans nos sources, nous trouvons, pour désigner des atteintes moins graves à l'*existimatio,* les termes *turpitudo, infamia vitæ, levis nota*, etc., sans que nous puissions en déterminer d'une manière exacte la signification. Nous parlerons, dans le cours de l'ouvrage, des conséquences que l'une ou l'autre de ces conditions peut avoir.

La *nota censoria* ne produisait d'effet que pour la durée de la magistrature du censeur qui l'avait infligée [17]. L'*infamie*, au contraire, était inhérente à perpétuité à la personne qui en avait été frappée; toutefois le peuple pouvait en relever, et par suite les empereurs en annulaient souvent les effets par la restitution en entier [18].

§ 19. *Autres divisions des personnes.*

La capacité personnelle d'un individu peut encore subir des restrictions ou recevoir des extensions particulières par suite de diverses causes, parmi lesquelles nous signalons les suivantes :

1. Religion. Originairement la religion ne pouvait être une cause de différence de droits, puisque tous les citoyens suivaient le même culte. Après qu'on eut commencé à recevoir des étrangers dans l'État, on ne tenait même aucun compte de la diversité de religion. Ainsi la *iudaica superstitio*, qui, dans le principe, comprenait aussi le christianisme, ne privait point de la jouissance des droits civils sous les premiers empereurs [1]; mais par la suite, les chrétiens, comme ne suivant la religion d'aucun pays et trahissant leur culte national, furent considérés comme rebelles et durent subir de cruelles persécutions [2]. L'empereur Gallien leur accorda le libre exercice de leur culte et permit à leurs communes de se remettre en possession des cimetières [3]. A partir de Constantin, le

[16] Les commentateurs parlent encore d'une *infamie de fait, infamia facti* *, en opposition à l'*infamie de droit*, *infamia iuris* *; mais il suffit de lire le Fr. 2, pr. D., *de obsequiis* 37, 15, sur lequel on fonde cette division, pour se convaincre que la soi-disant *infamie de fait* n'a aucune importance légale.

[17] Cela résulte des règles générales sur le pouvoir des magistrats. *Voy.* ci-dessus, n[os] 52. 58.

[18] Fr. 1, § 9. 10, D., *de postul.* 3, 1. – L. 5. Th. C.. *de indulgent. crim.* 9, 38. – L. 3, C., *de generali abolitione* 9, 43. – L. 7, C., *de sententiam passis et restitutis* 9, 51.

[1] Fr. 3, § 3, D., *de decur.* 50, 2. « Eis qui iudaïcam superstitionem sequantur, Divi Severus et Antoninus honores adipisci permiserunt : sed et necessitates eis imposuerunt, quæ superstitionem eorum non læderent. » – Fr. 15, § 6, D., *de excusationibus* 27, 1. – Le Fr. 11, pr. D., *ad legem Corn. de sicariis* 48, 8, mentionne même un rescrit d'Antonin le Pieux, qui permet aux juifs de circoncire leurs enfants, tandis que cette opération est, en général, considérée comme un crime.

[2] Tite-Live, IV, 30. XXV, 1. – Valère Maxime, I, 3, 1. – Pline, *Epist.*, X, 97. 98.

[3] Eusèbe, *hist. eccl.*, VII, 13, cite le texte de l'édit de Gallien qui autorise l'exercice du culte et parle d'un autre édit du même empereur qui permet aux évêques de se remettre en possession des cimetières.

christianisme devient religion de l'État, et les empereurs publient des ordonnances nombreuses tant contre les païens et les juifs (*pagani, gentiles, iudæi*) que contre les hérétiques, et surtout contre les apostats. Nous n'avons garde de donner une analyse de ces ordonnances dans lesquelles l'absurdité le dispute à la cruauté; nous nous bornons à faire observer que les chrétiens orthodoxes seuls jouissent de la plénitude des droits civils; les autres citoyens sont soumis à de nombreuses restrictions, particulièrement par rapport à la capacité de succéder et de servir de témoin [4].

2. Santé. Les Romains distinguent entre maladies et défauts physiques, *morbi—vitia* [5]. Les maladies graves affranchissent ceux qui en sont affectés des conséquences défavorables que la loi attache à l'inobservation de certaines formalités, particulièrement dans la procédure. En outre, elles dispensent de plusieurs charges [6]. Parmi les personnes atteintes de défauts physiques, on remarque surtout les impuissants, tant ceux qui le sont par un vice de conformation, *spadones,* que ceux qui le sont devenus par suite d'une opération *castrati*. Ces derniers sont incapables de se marier et d'adopter [7]. — Les maladies mentales peuvent exercer une très-grande influence sur la capacité personnelle de ceux qui en sont atteints. Les personnes qui se trouvent en état de démence (*dementes, mente capti, furiosi* [8]) sont censées n'avoir point de volonté et sont par conséquent incapables de faire un acte quelconque qui puisse produire

[4] Tit. Th. C., *de hæreticis* 6, 5. – Tit. I. C., *eodem* 1, 5. – Tit. Th. C., *de apostatis* 16, 7. – Tit. I. C., *eodem* 1, 7. – Tit. I. C., *de Iudæis et cælicolis* 1, 9; *de paganis* 1, 11. – *Nov. Theod.* III. – *Nov. Valent.* II, etc. *Voy.* ci-dessus, nº 215.

[5] Cicéron, *Tusc. quæst.* IV, 13. « *Morbum* appellant totius corporis corruptionem : *ægrotationem,* morbum cum imbecillitate : *vitium,* cum partes corporis inter se dissident, ex quo pravitas membrorum, distortio, deformitas. » – Aulu-Gelle, IV, 2. – Fr. 1, § 7, D., *de Ædil. edicto* 21, 1. – Fr. 101, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Verum est, *morbum* esse temporalem corporis imbecillitatem, *vitium* vero perpetuum corporis impedimentum : veluti si talum (*al.* oculum) excussit; nam et luscus (*al.* luxus) itaque vitiosus est. »

[6] Fr. 60, D., *de re iudicata* 42, 1. « Quæsitum est cum alter ex litigatoribus febricitans decessisset, et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronunciasse. Respondit : *Morbus sonticus* etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. *Sonticus* autem existimandus, qui cuique rei agendæ impedimento est... » – Tit. C., *qui morbo se excusant* 10, 50, etc. — *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 345, nº 4.

[7] Fr. 128, D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Spadonum* generalis appellatio est : quo nomine etiam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiæ, thlasiæ, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur. » — Cf. Fr. 39, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3; Fr. 6, D., *de liberis et postumis* 28, 2; Théophile, ad § 9, I., *de adopt.* 1, 11, et ci-après, t. III, § 305, nº 2; § 328.

[8] Ordinairement les mots *dementes, mente capti, furiosi, fatui,* sont employés comme synonymes. Fr. 14, D., *de officio præsidis* 1, 18. – Fr. 7, § 1, D., *de curat. furioso dandis* 27, 10. – L. 25, C., *de nuptiis* 5, 4. – Cf. § 1, I., *de pupillari substit.* 2, 16, et L. 9, C., *de impub. et aliis substit.* 6, 26. — Mais souvent on désigne spécialement par *furor* l'état de démence qui présente des accès de fureur et des intervalles lucides. Paul, III, 4, 5. – Fr. 12, pr. in f. D., *de excusat.* 27, 1. – Fr. 20, § 4, D., *qui testam. facere possunt* 28, 1. – L. 6, C., *de curat. furiosi vel prodigi* 5, 70.

des effets juridiques [9]. Toutefois les actes qu'elles ont faits dans des intervalles lucides sont valables [10]. La loi des Douze Tables déjà avait privé ces personnes de l'administration de leurs biens et les avait mises sous curatelle. Elle leur avait assimilé sous ce rapport les prodigues, que l'autorité pouvait mettre en état d'interdiction [11].

3. Profession. Certaines professions jouissent de priviléges. Déjà sous les premiers empereurs, l'exercice de certaines industries, particulièrement le transport et le commerce des grains, faisait obtenir aux Latins le droit de cité [12]. Des priviléges plus ou moins importants sont accordés par la suite aux professeurs des sciences libérales, aux médecins, aux avocats, aux banquiers, aux marchands de grains, etc. La plupart de ces priviléges cependant ne concernent pas le droit privé : ils se rapportent, en général, à l'immunité des charges publiques. Ce sont principalement deux classes de citoyens qui jouissent de priviléges importants en fait de droit privé, savoir les membres du clergé et les militaires. Nous signalerons ces priviléges quand nous traiterons des matières auxquelles ils se rapportent. Les habitants de la campagne, *rustici*, sont, dans plusieurs cas, jugés avec plus d'indulgence que les habitants des villes [13].

4. Domicile †. On entend par domicile le lieu où se trouve établi le siége de notre existence sociale [14]. Ce fait local peut-il exercer quelque influence

[9] § 1, I., *quibus non est permissum facere testamentum* 2, 12. « Præterea testamentum facere non possunt impuberes : quia nullum eorum animi iudicium est. Item furiosi, quia mente carent... ». – (Gaius, III, 106) § 8, I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit. » – Fr. 5, D., *de reg. iuris* 50, 17. – Fr. 40, D., *eodem.* « Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. » C'est pour le même motif que les *dementes* ne sont pas responsables des actes illicites qu'ils commettent. Fr. 12, D., *ad legem Corneliam de sicariis* 48, 8. – Fr. 9, § 2, D., *de lege Pomp. de parric.* 48, 9. Mais ils ont capacité pleine et entière d'avoir des droits ; ils peuvent même acquérir, pourvu que l'acquisition n'exige point un acte juridique à faire par eux. Fr. 20, D., *de statu hom.* 1, 5. – Fr. 16, § 2, D., *de ritu nupt.* 23, 2. – Fr. 16, § 1, D., *qui test. facere poss.* 28, 1. – Fr. 63, D., *de adquir. heredit.* 29, 2. – Fr. 70, § 4, D., *de fideiussoribus* 46, 3. — *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. III, § 357. Cf. t. II, § 267.

[10] L. 6, C., *de cur. fur.* 5, 70. – *Voy.* encore Fr. 14, *verb.* si vero, D., *de off. præs.* 1, 18. – Fr. 22, § 7, D., *soluto matrim.* 24, 3. – L. 2, C., *de contrah. emt.* 4, 38. – L. 9, C., *qui test. fac. poss.* 6, 22.

[11] *Voy.* ci-après, t. III, § 357, nos 2. 3.

[12] Ulpien, III, 1-6.

[13] Fr. 2, § 1, D., *si quis in ius vocatus non ierit* 2, 5. – Fr. 1, § 5, D., *de edendo* 2, 13. « Eis qui ob ætatem vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subvenitur. » – Fr. 2, § 7, in f. D., *de iure fisci* 49, 14. – L. 8, C., *qui admitti ad bonor. possess.* 6, 9 et *passim.* – *Voy.* encore ci-après, t. II, § 201, observation, et t. III, § 381, no 2.

† Titt. D., *ad municipalem et de incolis* 50, 1 ; *de muneribus et honoribus* 50, 4. – Titt. C., *de municipibus et originariis* 10, 38 ; *de incolis et ubi quis domicilium habere videtur* 10, 39.—Parmi les dispositions compliquées et généralement arbitraires qui régissent cette matière aride, nous nous sommes borné à analyser le plus brièvement possible celles qui offrent quelque intérêt général. Le lecteur qui veut approfondir peut consulter les sources indiquées et de Savigny, *Système*, t. VIII, §§ 350-357.

[14] L'explication que nous donnons n'est ni précise ni complète ; mais nous nous abritons

sur notre capacité de droit? Cette question doit recevoir une solution affirmative pour l'époque où la loi *Iulia et Papia* était en vigueur [15]. Cette loi, comme nous l'avons vu ailleurs, restreignait sous certains rapports la capacité de droit des personnes qui n'avaient point d'enfants et accordait par contre des avantages aux personnes ayant un certain nombre d'enfants [16]. Or, ce nombre variait d'après le domicile : la loi se contentait, en général [17], de trois enfants pour les personnes domiciliées à Rome, tandis qu'elle en exigeait quatre dans les autres parties de l'Italie et cinq dans les provinces [18]. Abstraction faite de cette bizarrerie qui est disparue avec la législation caducaire, le domicile a de l'importance sous deux rapports : *a*) quant aux charges municipales, *munera* [19], qui incombent à toute personne domiciliée dans le municipe [20], alors même qu'elle n'y jouirait point du droit de bourgeoisie [21] ; *b*) quant à la compétence judiciaire. Il est de principe que le citoyen ne doit obéissance qu'au juge auquel il est soumis, soit à raison de son origine, soit à raison de son domicile [22]. De ce principe découle la conséquence que, dans toute action,

derrière le propos de Iavolenus, que nous avons déjà cité ci-dessus, § 15, note 2, et d'après lequel « omnis definitio in iure civili periculosa. » Les deux passages suivants serviront à développer notre explication : Fr. 203, D., *de verb. signif.*, 50, 16 « .... Eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset. » — L. 7, C., *h. t.* 10, 39. « Cives quidem origo, manumissio, adlectio vel adoptio; incolas vero....... domicilium facit. Et in eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur; quo si rediit, peregrinari iam destitit.»

[15] Pour être complet, il faut bien encore mentionner une disposition qui ne paraît avoir rien de commun avec la législation caducaire, le Fr. 19, D., *de excusationibus* 27, 1. « Illud usitatissimum est, ut his, qui in Italia domicilium habent, administratio rerum provincialium remittatur ». Cf. ci-après, t. III, § 346, n° 8.

[16] *Voy.* ci-dessus, nos 176. 177, et particulièrement les notes 19 et 21.

[17] Nous négligeons les nuances et les détails.

[18] *Vaticana fragm.* 191 sq. 247. — Pr. I., *de excusat. tut.* 1, 25. — Fr. 3, § 6. Fr. 4, pr., D., *de muneribus* 50, 4. — Fr. 8, pr. D., *de vacatione* 50, 5. — L. 1, C., *qui numero liberorum.* 5. 66. — L. 3. 5. 6, C., *de his qui numero lib.* 10, 51.

[19] Le terme *munera* comprend à la fois les charges et les avantages, particulièrement les dignités que le régime municipal peut imposer ou assurer aux habitants de la ville; bien que l'on emploie de préférence le mot *honores* pour désigner ces dernières. Fr. 6, § 3. Fr. 14, pr. § 1, D., *h. t.* 50, 1. — Fr. 5. 6. D., *de vacatione* 50, 2. Cf. ci-dessus, nos 106. 166. 220.

[20] Fr. 22, § 2. Fr. 29, D., *h. t.* 50, 1. — Fr. 6, § 5. Fr. 18, D., *h. t.* 50. 4. — L. 1, C., *h. t.* 10, 38. — L. 4. 6, C., *h. t.* 10, 39.

[21] Pour être soumis aux *munera*, il n'était pas nécessaire d'être *civis* du municipe; il suffisait d'être *incola*. Cf. ci-dessus, n° 106 et L. 7, C., *h. t.* transcrite ci-dessus à la note 14. Il y avait même des *munera* que l'on devait par cela seul que l'on avait des propriétés dans le territoire du municipe. Tables d'Osuna, c. 98. — Fr. 6, § 5. Fr. 14, § 2. Fr. 18, § 21-25. Fr. 29. 30, D., *de muneribus* 50, 4. — Fr. 10, pr. Fr. 11, D., *de vacatione* 50, 5. — L. 1 in f. C., *de mulieribus* 10, 62.

[22] Gaius, Fr. 29, D., *h. t.* 50, 1. « Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis apud quod civis est.... ». Il y avait probablement entre le *forum originis*, dérivant de la qualité de bourgeois, (*civis*), et le *forum domicilii*, cette différence, que le défendeur devait tou-

le demandeur doit suivre le défendeur : *actor rei forum sequi debet* [23]. Le citoyen, qui est attrait devant un juge incompétent doit comparaître, mais il peut décliner l'action, en opposant l'incompétence du siége, *præscriptio fori* [24]. Cependant, quand il s'agit d'une contestation concernant une succession héréditaire, les héritiers doivent accepter le débat devant le juge compétent du défunt [25]; depuis Valentinien et Théodose Ier, les actions réelles concernant un immeuble peuvent être portées devant le juge de la situation de l'objet litigieux [26]; enfin, l'auteur d'un délit ne peut décliner la compétence du juge du lieu où le délit a été commis [27]. Il est, au reste, loisible aux parties de déroger à ces règles par des conventions particulières [28]; pareille intention peut même implicitement résulter des circonstances [29]. — L'enfant, en naissant, a naturellement le domicile de son père. Mais dès que l'homme a une volonté, il peut changer de domicile à son gré [30], pourvu que l'état de fait soit d'accord avec l'intention mani-

jours accepter la juridiction de son domicile, tandis qu'il n'était tenu de suivre celle de son origine que quand il se trouvait sur le territoire du municipe, *si ibi inveniatur*. Aussi n'est-il que rarement question du *forum originis*, tandis que les mentions du *forum domicilii* abondent. — Cette hypothèse trouve un grand appui dans l'analogie de la ville de Rome. Nous avons vu, en effet, que Rome était considérée comme la commune patrie de tous les citoyens (ci-dessus, nº 104) : il en résultait que tout citoyen, habitant hors Rome, avait deux *fora originis*, celui de Rome et celui de la ville dont il était bourgeois. Cette règle, toute rationnelle, à l'époque où le *prætor urbanus* était le juge naturel de tous les citoyens, *qui inter cives ius dicebat*, continua de subsister alors même qu'elle avait perdu sa raison d'être. Cependant on ne tarda pas à en restreindre l'application. D'abord l'Italien ou le provincial ne devait accepter l'assignation à l'effet de comparaître à Rome que s'il s'était laissé trouver dans Rome, et encore, dans cette hypothèse, pouvait-il, pour diverses causes, faire renvoyer les débats devant le juge de son domicile, *ius domum revocandi*. Fr. 28, § 4, D., *ex quibus causis maiores*. 4, 6. — Fr. 2, § 3-6. Fr. 24-28. D., *de iudiciis* 5, 1. — Il est vraisemblable que les mêmes règles s'appliquaient à tout autre *forum originis*.

[23] *Vaticana fragm*. 325. 326. — L. 2. 4, Th. C., *de iurisdictione* 2, 1. — L. 2. 5, I. C., *eodem* 3, 13. — L. 3, I. C., *ubi in rem actio exerceri debeat* 3, 19.

[24] Fr. 2, pr. D., *si quis in ius vocatus non ierit* 2, 5. — Fr. 7, pr. D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 3. 24. § 2. D., *de iudiciis* 5, 1. — Cf. ci-après, § 62, note 16.

[25] Fr. 19, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. « Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, *si ibi inveniatur*, nulloque suo proprio privilegio excusatur ». — L. 1, C., *ubi de hereditate agatur* 3, 20. — *Voy*. encore ci-après, t. III, § 406, note 20; § 422, note 24; § 447, note 26.

[26] L. 3, C., *ubi in rem actio exerceri debeat* 3, 19. — *Nov*. 69, c. 1. — Cf. Fr. 38, D., *de iudiciis* 5, 1, et ci-après, t. III, § 422, note 24.

[27] *Nov*. 69, c. 1. Cf. L. 1, C., *ubi senatores vel clarissimi conveniantur* 3, 24.

[28] Fr. 1, D., *de iudiciis* 5, 1. Cf. Fr. 18, D., *eodem* et L. 29, C., *de pactis* 2, 3. — L. 1. C., *de iurisdictione* 3, 13. — L. 4, C., *si a non competente iudice iudicatum esse dicatur* 7, 48. Déjà Caton, *de re rustica*, c. 149, conseille de stipuler dans les contrats, *ut Romæ iudicium fiat*.

[29] Ainsi, celui qui contracte un engagement se soumet tacitement à la juridiction du lieu où l'engagement doit être exécuté. C'est ce qu'on a l'habitude d'appeler *forum contractus* *. Cf. ci-après, t. II, § 178. — Le tuteur, le curateur et toutes autres personnes qui acceptent une gestion, dans un lieu déterminé, se soumettent à la juridiction de ce lieu. Fr. 51, § 1, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 19, § 1. 2. 3. Fr. 36, § 1. Fr. 45, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. — L. 1. 2, C., *ubi de ratiociniis agi oportet* 3, 21.

[30] Cette liberté de changer de domicile paraissait si essentielle aux Romains, qu'ils considé-

festée [31]. A l'égard de certaines personnes cependant, le domicile est fixé par la loi : ainsi la femme mariée a le domicile de son mari; les sénateurs, tout en pouvant choisir, ont de droit leur domicile dans la capitale; les militaires, s'ils n'ont pas d'établissement dans un autre lieu, sont domiciliés dans la ville qui leur sert de garnison; enfin les relégués ont leur domicile nécessaire dans le lieu qui leur est assigné [32]. Terminons, en faisant observer que, d'après les lois romaines, la même personne peut avoir plusieurs domiciles [33], comme, d'autre part, il peut y avoir des personnes sans domicile [34].

DES PERSONNES CIVILES.

§ 20. *Notions générales.*

Nous avons vu ci-dessus, § 9, qu'en principe, l'unique sujet de droit est l'homme. Mais si, d'un côté, la loi romaine a restreint cette idée en privant de la capacité personnelle les individus qui se trouvent en état d'esclavage, d'un autre côté, elle l'a étendue, en conférant la qualité de *persona* à des êtres qui ne sont pas individus humains. Le produit de cette extension s'appelle personne civile, personne morale, personne juridique [1].

Ce qui caractérise donc essentiellement la personne civile, c'est qu'un être qui n'est pas individu humain a reçu la capacité d'acquérir et d'avoir des droits. Cette capacité ne se rapporte qu'aux droits patrimoniaux : aucune loi n'a jamais attribué de droits personnels aux êtres que nous désignons par le nom de personnes civiles [2]. Au reste, la capacité personnelle de ces êtres fictifs peut être plus ou moins étendue : elle est toujours rigoureusement déterminée par la teneur de la disposition législative qui les a créés personnes [3]. Pour faire les actes d'acquisition et

raient comme immorale la condition, *uti in illa civitate domicilium habeat.* Fr. 71, § 2, D., *de condicionibus et demonstr.* 35, 1, et ci-après, t. II, § 205, note 2; t. III, § 387, *B.*

[31] PAUL, Fr. 20. D., *h. t.* 50, 1. « Domicilium RE et FACTO transfertur, non NUDA CONTESTATIONE: sicuti in his exigitur, qui negant se posse ad munera, ut incolas, vocari. » — Fr. 17, § 5-13. Fr. 34, D., *eodem.* — L. 4, C., *h. t.* 10, 39. — La L. 2. C., *eodem,* admet que l'étudiant qui a passé dix ans dans la ville où il fait ses études peut être considéré comme y ayant son domicile,

[32] *A*) *Voy.* ci-après, t. III, § 309. — *B*) Fr. 11, D., *de senatoribus* 1. 9. — Fr. 22, § 6. D., *h. t.* 50, 1. — *C*) Fr. 23, § 1, D., *h. t.* 50, 1. — *D*) Fr. 22, § 3. Fr. 27, § 3, D., *eodem.*

[33] Fr. 5. 6, § 2. Fr. 22, § 6. Fr. 27, § 2, D., *hoc titulo* 50, 1.

[34] Fr. 27, § 2 *in fine,* D., *hoc titulo* 50, 1.

[1] Les Romains disent : *personæ vice fungitur, personæ vicem sustinet,* § 2, I., *de hered. instit.* 2, 14. — Pr. I., *de stipul. serv.* 3, 17. — Fr. 116, § 3, D., *de legatis I* (30). — Fr. 22, D., *de fidejuss.* 46, 1. Cf. Fr. 1, pr. *verb.* Res publicæ, D., *de divisione rerum* 1, 8.

[2] On reconnaît cependant aux villes le droit de patronat sur leurs affranchis.

[3] Et cette disposition, créant une fiction, doit toujours être interprétée rigoureusement. Fr. 1. pr. § 1, D., *quod cuiuscumque universitatis nomine agatur* 3, 4. — Fr. 20, D., *de rebus dubiis*

d'obligation, ils ont besoin d'être représentés par une personne physique qui leur sert de mandataire [4].

Il n'est guère possible d'épuiser par une analyse raisonnée toutes les hypothèses dans lesquelles le pouvoir législatif peut se croire autorisé à créer des personnes civiles. Pareille création n'est légitime qu'en tant qu'elle sert à atteindre un but social, lequel est dès lors le véritable sujet de la fiction civile, qui, d'ailleurs, peut se manifester au dehors de différentes manières. Sous ce rapport, nous pouvons distinguer deux grandes catégories de personnes civiles. Dans certains cas, en effet, la personne civile se manifeste au dehors par des individus humains dans l'intérêt desquels se poursuit le but qui la constitue, soit par un seul homme [5], soit par une réunion d'hommes. Pour désigner cette dernière hypothèse, on se sert des mots corporation, communauté. Dans d'autres cas, le but qui constitue la personne civile ne se manifeste point par des individus humains ou, au moins, il est étranger aux intérêts personnels des individus par lesquels il peut se manifester. Cette catégorie comprend un grand nombre d'espèces parmi lesquelles nous distinguons particulièrement les établissements de bienfaisance et d'utilité publique et l'hérédité jacente. Le fisc, par suite du caractère ambigu que la législation impériale lui a donné, constitue une catégorie intermédiaire [6].

§ 21. *Des corporations et communautés* †.

On appelle corporation, communauté (*universitas*, *corpus*, *collegium*, *ordo*), une association de plusieurs personnes poursuivant un but et des intérêts communs, à laquelle l'État a attribué la qualité de personne. C'est donc la sanction de l'État qui constitue essentiellement la corpo-

31, 3. – Fr. 1. 2. 3, D., *de collegiis et corporibus* 47, 22. – L. 8, C., *de heredibus instituendis* 6, 24.

[4] Fr. 1, § 1, D., *quod cuiuscumque universitatis nomine agatur* 3, 4. *Voy.* ci-après, § 21, note 2 et § 22, notes 1. 2.

[5] Par exemple, le Prince. Fr. 56, D., *de legatis I* (30). « Quod Principi relictum est, qui antequam dies legati cedat ab hominibus ereptus est, ex constitutione Divi Antonini *successori* eius debetur. » Fr. 57, D., *eodem.* — Cette hypothèse est régie par la règle que nous avons exposée ci-dessus, § 9, en traitant de celui *qui plures sustinet personas*. Elle n'exige par conséquent aucune explication théorique, bien que, dans la pratique, les empereurs ne se fassent pas faute de confondre la personne physique avec la personne civile du prince, voire même avec le patrimoine de l'État. *Voy.* ci-après, § 24.

[6] Nous traitons *des corporations, des établissements d'utilité publique* et *du fisc* dans les paragraphes suivants. Il ne pourra être question de l'*hérédité jacente* que dans les successions à cause de mort. T. III, § 411.

† Titt. D., *quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur* 3, 4; *de collegiis et corporibus* 47, 22; *ad municipalem et de incolis* 50, 1, ainsi que les titres suivants jusqu'au titre XII du même livre. – Titt. C., *de decurionibus*, sqq. 10, 31-68 et 11, 1 sqq.

ration, et cette sanction n'est accordée qu'en vue du but que l'association se propose d'atteindre [1].

La plus importante de ces associations et qui sert de modèle à toutes les autres [2] est l'État même, la nation, le *populus romanus* [3]. Nous avons traité de son organisation et de son administration dans l'introduction historique. En dehors de Rome, et plus tard absorbés par elle, nous trouvons les municipes, les colonies et les villes libres. Les autres villes, et même les bourgs et villages (*civitates, fora, conciliabula, castella, vici*), étaient également considérés comme personnes civiles ayant capacité d'acquérir et de défendre leurs intérêts devant les tribunaux [4]. Dans les derniers temps de l'empire, les provinces aussi figurent comme personnes civiles [5].

De ces communautés, constituant des parties intégrantes de l'organisation politique, la transition aux corporations d'intérêt privé est formée par les colléges des prêtres et des vierges vestales [6], par les colléges

[1] Il ne faut pas perdre de vue que cette sanction de l'État est une manifestation du pouvoir législatif, *ce mot pris dans le sens le plus étendu*. Ainsi, de même que le *droit* s'établit non-seulement par la loi écrite, mais aussi et avant tout par l'assentiment tacite de la nation, par la coutume, de même l'autorisation de l'État, nécessaire pour constituer la personne civile, peut être *expresse* ou *tacite*. Dans cette dernière catégorie, nous devons surtout ranger les corporations politiques dont la création remonte à l'origine de l'organisation sociale, l'*État* même, et les *communes*. Mais il est évident que ces cas deviennent plus rares à mesure que la force productrice de la coutume disparaît; et chez les peuples où la manifestation de la volonté nationale est réglée d'une manière précise, aucune association ne peut prétendre à la qualité de personne civile, à moins de l'avoir obtenue par une déclaration formelle du pouvoir législatif. — *Voy* ci-après, note 17.

[2] Gaius, Fr. 1, § 1, D., *h. t.* 3, 4. » Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum Reipublicæ, habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum per quem, tamquam in Republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat. »

[3] Sous l'empire, la communauté du *populus romanus* disparaît pour faire place à l'abstraction, créée sous la dénomination de *fiscus*. *Voy.* ci-après, § 111.

[4] *Voy.* ci-dessus, nos 102-106. 166. 220, et Tacite, *Ann.*, IV, 43. « ... Quo iure Vulcatius Moschus, exsul, in Massilienses receptus, bona sua reipublicæ eorum, ut patriæ, reliquerat. » — Ulpien XXIV, 28. — Fr. 6, § 1, D., *de rerum divisione* 1, 8. — Fr. 1, § 1. Fr. 2, 7, pr. 8. 9, D., *h. t.* — Fr. 15, § 1, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 117, pr. D., *de legatis I* (30). — Fr. 1, § 7, D., *de quæstionibus* 48, 18. — Fr. 31, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Titt. C., XI, 29-32. — Fr. 73, § 1, D., *de legatis I* (30). « Vicis legata perinde licere capere atque civitatibus, rescripto imperatoris nostri significatur. » — L. 2, § 5, C., *de iureiurando propter calumniam* 2, 59. « Hoc etiam huic legi addendum esse censemus, ut, si quis pro alio litem movere voluerit..., sive pro una persona quis litem movere voluerit, sive pro aliquo corpore, *vel vico*, vel alia universitate... »

[5] L. 9. 11. 12, Th. C., *de legatis et decretis legationum* 12, 12.

[6] Hyginus, p. 117, 5 (206, Goës.) « Virginum quoque vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt et locati. » *Voy.* aussi ci-après, § 146. — Le Fr. 38, § 6, D., *de legatis III* (32), mentionne un legs conçu en ces termes : « A te, Petroni, peto, uti ea duo millia solidorum reddas *collegio* cuiusdam *templi;* » mais il est possible que, dans ce texte, il s'agisse, non pas d'un collége de prêtres, mais d'une confrérie chargée du service d'un temple. *Voy.* ci-après, § 23, notes 1-11.

des décurions dans les villes[7] et par les légions et les corps de cavalerie, auxquels la personnalité civile est attribuée dans les derniers temps de l'empire[8].

Comme associations privées, nous trouvons, déjà sous les rois, des corporations de métiers[9] et des confréries religieuses[10]; plus tard, des colléges formés par les employés salariés de la république, compris sous le nom d'*apparitores*, tels que les *scribæ*, les licteurs, les *viatores*[11]; de vastes sociétés formées par les chevaliers pour l'exploitation des mines, des salines et des impôts donnés à ferme, *societates publicanorum*[12]; enfin des sociétés d'agrément ressemblant aux clubs anglais ou à nos chambres de rhétorique et sociétés d'harmonie[13]. Parmi ces dernières sociétés, plusieurs paraissent, vers la fin de la république, avoir pris part aux agitations politiques et être devenues assez dangereuses pour que le sénat, en 690, jugeât prudent de les dissoudre[14]. Une loi de Clodius les rétablit en 696, mais Jules César et après lui Auguste abolirent les clubs de ce genre et généralement toutes les associations de création ré-

[7] La corporation des décurions, comme personne civile, est bien distincte du municipe même, du patrimoine de la ville. Sous l'influence du despotisme impérial, on finit cependant par confondre les deux institutions. *Voy.* ci-dessus, nº 220, et Fr. 3. 7, § 2, D., *quod cuiusc. univ.* 3, 4. — L. 4, C., *de hereditatibus decurionum* 6, 62. – Titt. C., *de prædiis decurionum* 10, 33; *quando et quibus quarta pars debetur ex bonis decurionum* 10, 34. — Le sénat romain est certes le plus élevé de tous les *ordines*, de tous les *collegia*; mais nous ne lui voyons aucun patrimoine. Cela s'explique sans difficulté, précisément par sa position élevée, pour l'époque où cet ordre avait à sa disposition le trésor public tout entier, mais moins facilement pour les derniers temps de l'empire, où les sénats de Rome et de Constantinople étaient presque descendus au niveau des conseils municipaux.

[8] Fr. 6, § 7, in f. D., *de iniusto, rupto, irrito testamento* 28, 3. – L. 2, C., *de hereditatibus decurionum* 6, 62.

[9] Plutarque, *Numa* 17. – Pline, *H. N.*, XXXIV, 1. XXXV, 12 (46). – Tite-Live, II, 6.

[10] *Voy.* ci-dessus, nº 13 *in fine*, et Fr. 4, D., *de collegiis* 47, 22. — C'est de préférence à ces confréries religieuses et aux sociétés d'agrément (*voy.* ci-après, note 14) que s'appliquent les mots *sodales, sodalitates, sodalitia.*

[11] Dans beaucoup de passages des anciens, il est question de *collegia* d'*apparitores*, divisés en *decuriæ* (*voy.* ci-dessus, nº 66), sans que de ces passages il résulte nécessairement que ces colléges aient constitué des personnes civiles. Mais il y a des inscriptions qui mentionnent des *curatores*, ce qui semble impliquer l'administration d'un patrimoine. M. Mommsen, *de apparitoribus*, dans *Rheinisches Museum*, t. VI (1848) p. 1 sqq.

[12] Des sociétés de publicains existaient au temps de la seconde guerre punique. *Voy.* ci-dessus, nºs 40. 81, et Tite-Live, XXIII, 48, 49; XXIV, 18; XXV, 3; XXXIX, 44; XLIII, 16, et Fr. 1, pr. D., *h. t.* 3, 4. « Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora : ut ecce, vectigalium publicorum sociis permissum est *corpus* habere : vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. » Fr. 1, § 1, D., *eodem.* – Fr. 3, § 4, D., *de bonor. possess.* 37, 1. – Fr. 31, § 1, D., *de furtis* 47, 2. – Le Fr. 59, pr. D., *pro socio* 17, 2, oppose ces corporations, que nous appellerions *sociétés anonymes*, aux sociétés ordinaires, *societates privatæ*. *Voy.* encore ci-après, t. II, § 227, note 1 et § 228, note 8.

[13] Cic., *de senectute*, 13. – Festus, v. *Sodalis.* — En Belgique, plusieurs sociétés de ce genre se sont fait conférer la qualité de personne civile, en s'organisant comme sociétés anonymes.

[14] *Sodalitates, sodalicia.* Cic., *ad Quintum fratrem*, II, 3, 6; *in Pisonem*, 4, et Asconius *ad*

cente [15]. Enfin une loi d'Auguste [16] défendit, sous peine de lèse-majesté, la participation à des associations non autorisées par le sénat ou par l'empereur [17]. Il paraît cependant qu'un décret du sénat dérogea à cette défense en faveur des confréries religieuses et des associations qualifiées de *collegia tenuiorum* [18], en les autorisant d'avance, pourvu qu'elles se conformassent à certaines prescriptions générales énoncées dans le sénatus-consulte [19]. Quoi qu'il en soit, nous voyons, sous ce régime, se former diverses confréries pour le culte des dieux anciens et nouveaux [20], surtout des empereurs [21], et un grand nombre d'associations de secours mutuels, principalement pour assurer aux membres des enterrements convenables, *funeratitia* [22]. Les fonctionnaires subalternes paraissent aussi avoir formé des corporations qui portaient, comme les anciennes divisions des *collegia apparitorum*, le nom de *decuriæ* [23]. Enfin les nombreuses corporations des métiers dont le gouvernement favorisait la formation tout en les soumettant à des lois et règlements très-sévères [24], se développèrent

h. l., p. 7 sq. Orelli. — Ascon. *in Cornel.*, p. 75 Orelli. — Festus, v. *sodales*. — C'est à propos de ces désordres que fut donnée en 699 la loi *Licinia de sodaliciis*, que nous avons mentionnée ci-dessus, nos 94. 95.

[15] Cic., *pro Sestio*, 15-25; *in Pisonem*, 4, et Asconius *ad h. l.*, p. 7 sq. Orelli. — Dion Cassius, XXXVIII, 13. — Suétone, *César* 42 « Cuncta collegia præter antiquitus constituta distraxit. » — Le même, *Octave* 32. « Plurimæ factiones, titulo collegii novi, ad nullius non facinoris societatem coibant. Igitur..... collegia, præter antiqua et legitima, dissolvit. »

[16] Cette loi *Iulia* est mentionnée dans une inscription donnée par M. Mommsen et reproduite dans la collection d'Orelli-Henzen, t. III, no 6097.

[17] Fr. 1, pr. D., *h. t.* 3, 4. « Neque societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur : nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora : ut ecce vectigalium publicorum sociis..... Item collegia Romæ certa sunt quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est... ». — Fr. 2, D., *de extraord. criminibus* 47, 11.— Fr. 1. 2. 3, D., *de collegiis* 47, 22. — Fr. 1, § 1. D., *ad legem Iuliam maiestatis* 48, 4.

[18] Cf. ci-après, note 22. C'est probablement un chapitre de ce sénatus-consulte qui nous a été conservé par une inscription relatant une délibération d'un *collegium funeraticium* de Lanuvium. Orelli, *inscr.* 6086. — Bruns, *fontes*, p. 165. — Giraud, *enchiridion*, p. 665.

[19] Fr. 1, D., *de collegiis* 47, 22. — Fr. 3, § 2, D., *eodem*. « Servos quoque licet in collegio tenuiorum recipi volentibus dominis.... »

[20] *Collegia symphoniacorum; cultorum Dianæ et Antinoi; Æscùlapii et Hygiæ.* Orelli-Henzen, 2417. 6086. — Bruns, *fontes*, p. 164. 167. — Giraud, *Enchiridion*, p. 662.

[21] Les *Sodales Augustales* (ci-dessus, no 166 *in f.*), *Claudiales, Flaviales, Hadrianales, Titiales, Antoniniani*, etc. Tacite, *Ann.*, 1, 54, 73. *Hist.*, II, 95. — Suétone, *Claude*, 6. — Pétrone, 30. 57. — Spartianus, *Adrien*, 27. — Capitolinus, *Pius*, 13. — Dion Cassius, LVI, 46 et *passim*.

[22] On trouve chez Bruns, *fontes*, p. 164 sqq., et Giraud, *Enchiridion*, p. 665, des inscriptions qui nous ont conservé des statuts et des délibérations d'un *collegium aquæ*, d'une société de secours mutuels de soldats, de deux *collegia funeraticia*. *Voy.* aussi Orelli-Henzen, 2417. 4101. 6087, et l'*Index*, v. *Sodales*.

[23] *Voy.* ci-dessus, note 11, et Tacite, *Ann.*, XIII, 27. — Suétone, *Octave*, 57 ; *Claude*, 1. — Fr. 25, § 1, D., *de adq. vel omitt. hered.* 29, 2. — Fr. 3, § 4, D., *de bonorum possess.* 37, 1. — Fr. 22, D., *de fideiussoribus* 46, 3. — Tit. Th. C., *de decuriis* 14, 1. — Tit. I. C., *de decurialibus urbis Romæ* 11, 13. Cf. L. 3, I. C., *de hereditatibus decurionum* 6, 62.

[24] Cette tendance se montre à partir d'Adrien (Pline, *epist.*, X, 42. 43. — Aurelius Victor, *de*

au point d'obtenir, à Constantinople, une certaine importance politique[25].

Nos sources de droit contiennent, sur l'organisation des différentes corporations, de nombreuses dispositions [26] que les commentateurs ont souvent prises pour des règles générales, sans tenir compte de la nature particulière de la communauté pour laquelle elles avaient été faites. Ainsi l'on dit fréquemment qu'une décision de l'assemblée générale n'est pas valable, à moins que les deux tiers de tous les membres, dûment convoqués, ne prennent part à la délibération et que le vote ne réunisse la majorité des membres présents. Or, cette règle n'est donnée que pour les assemblées des corps communaux [27]. Un autre principe d'après lequel il faudrait au moins trois individus pour constituer une corporation, tandis qu'un seul membre suffirait pour la continuer, semble être d'une nature plus générale [28]. Cependant il est toujours dangereux de poser des règles absolues dans cette matière. Le seul principe fondamental sur les *universitates* est celui que nous avons indiqué au paragraphe précédent, et qui est fondé tant sur la nature des choses que sur la disposition expresse du droit romain, savoir qu'elles n'obtiennent la qualité de personnes que

Cæsaribus, 43; *epitome* 14. — LAMPRIDE, *Al. Sévère*, 24. 33. — Fr. 5, § 12, D., *de iure immunitatis* 50, 6); mais bien plus énergique sous les empereurs chrétiens, à mesure que le paupérisme augmente. La législation impériale, tout en accordant aux membres des corporations certaines immunités, tend à les enchaîner à perpétuité, avec leur descendance, à la profession qu'ils exercent et à établir entre eux un lien solidaire, en ce qui concerne les engagements de l'*universitas*, surtout en faveur du fisc. *Voy.* ci-dessus, nº 229 *in fine*, et Titt. Th. C., *de privil. corporatorum urbis Romæ* 14, 2; I. C., *eodem* 11. 14.—Titt. Th. C., *de collegiatis* 14, 7; I. C., *eodem* 11, 17.— Tit. Th. C., *de his qui condicionem propriam reliquerunt* 12, 19. — L. 16, Th. C., *de palatinis* 6, 30. — *Nov. Valentin.* XXXIV, § 3. — *Nov. Maior.* VII, §§ 3, 5, 7. — *Nov. Severi*, II et *passim*.

[25] *Voy.*, sur ce sujet, entre autres, NIEBUHR, *Römische Geschichte*, t. III, p. 349-353. — On trouve l'énumération des corporations de métiers connues chez SERRIGNY, *Droit public*, t. II, nºs 994-998, 1074-1126, et chez M. WALTER, *Geschichte des römischen Rechts*, nºs 298. 400. Nous empruntons à M. Walter les citations suivantes, qui résument ce qu'il y a d'essentiel pour notre matière dans les anciens. Fr. 1, pr. D., *h. t.* 3, 4.—Fr. 5, § 12, D., *de iure immunitatis* 50, 6. — Tit. Th. C., XIII, 4. 5. 6; XIV, 3, 4. 8. 21. 22. 23. 27. — Tit. I. C., XI, 1, 2. 7. 9. 15. 16. 17. 26. 28. *Voy.* aussi ORELLI-HENZEN, *Inscript.*, t. II, chap. XVII; t. III, chap. XVII, et l'*Index*, vº *Collegium*.

[26] Les TABLES D'OSUNA et de MALAGA nous ont fourni des détails intéressants sur l'organisation, la composition et le mode de votation des curies municipales des derniers temps de la république et du commencement de l'empire. Cf. ci-dessus, nºs 103. 106. 166.

[27] Fr. 2. 3, D., *de decretis ab ordine fac.* 50, 9. « Illa decreta, quæ non legitimo numero *decurionum* coacto facta sunt, non valent. » 3. « Lege autem *municipali* cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis. » — Fr. 3, D., *quod cuiuscunque univ. nomine.* 3, 4. — L. 46, C., *de decur.* 10, 31. — Fr. 19, D., *ad municipalem* 50, 1. « Quod maior pars curiæ effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. » — Fr. 160, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[28] Fr. 85, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. » — Fr. 7, § 2, D., *quod cuiusc. univ. nom.* 3, 4. « In decurionibus, vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum et convenire et conveniri : cum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis. » Cf. Fr. 85, § 1, D., *de reg. iuris* 50, 17. — *Voy.* cependant ci-après, note 33.

par l'autorisation de l'État [29]. Quant aux dispositions sur l'existence et l'administration de la société, sur la réception et l'exclusion des membres, sur les droits et les charges qui leur appartiennent et incombent [30], etc., elles dépendent entièrement de l'acte constitutif qui peut donner à la corporation une organisation démocratique, aristocratique, oligarchique, monarchique, représentative ou toute autre [31]. Ordinairement le pouvoir législatif appartient à l'assemblée de tous les membres, tandis que l'administration est confiée à une commission. Il faut toujours une autorité ou une personne quelconque pour représenter la corporation dans ses relations extérieures [32].

La corporation subsiste tant que les conditions essentielles requises pour son existence se trouvent réunies. Elle cesse dès que l'une d'elles vient à manquer [33]. Il est évident que la corporation est dissoute lorsque l'État lui retire l'autorisation et la prive ainsi de sa personnalité [34]. Mais,

[29] Fr. 1, pr. D., *quod cuiuscunque univers.* 3, 4. – Fr. 20 (21), D., *de rebus dubiis* 34, 5. – Fr. 3, pr. § 1, D., *de collegiis et corporibus* 47, 22. — Cette question intéressante est fort bien traitée dans une consultation : *De l'existence légale en Belgique des sociétés anonymes étrangères*, par MM. Arntz, Bastiné et Jules Bartels. Bruxelles, 1846.

[30] C'est le mot *munus, munera*, qui sert à désigner les charges incombant aux membres des corporations politiques et municipales. Fr. 239, § 3, D., *de verborum signif.* 50, 16. – Tit. D., *de muneribus* 50, 4. Cf. ci-dessus, § 19, note 19.

[31] Fr. 4, D., *de collegiis* 47, 22. « Sodales sunt qui eiusdem collegii sunt, quam Græci ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit Lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Sed hæc lex videtur ex lege Solonis translata esse : nam illuc ita est : Ἐὰν δὲ δῆμος *rel.* »

[32] De pareils représentants (*actores, syndici, curatores*) ne sont point un élément essentiel de la personne civile (*voy.* ci-après, t. III, § 411); mais ils sont nécessaires pour qu'elle puisse faire des *actes* d'acquisition et s'obliger vis-à-vis des tiers. Cf. le paragraphe suivant, notes 1 et 2. — Ces curateurs, etc., sont, au reste, soumis aux règles ordinaires du mandat, sauf les dispositions spéciales que la législation peut prendre à leur égard. Fr. 6, D., *de administr. rerum ad civit. pertin.* 50, 8. Cf. Fr. 9, § 8, D., *eodem.* – Fr. 11. 12. 13, D., *ad municipalem* 50, 1. – L. 1. 2. 4, C., *quo quisque ordine conveniatur* 11, 33. — Le Fr. 27, D., *de rebus creditis* 12, 1, qui déclare qu'une ville n'est obligée en vertu de l'emprunt fait par ses représentants qu'en tant que l'argent a été versé à son profit, *si ad utilitatem eius pecuniæ versæ sunt*, ne doit pas être interprété judaïquement. Il faut, certes, que *pecuniæ ad utilitatem civitatis versæ sint;* mais dès que cette condition est remplie, il est évident que le prêteur ne saurait pâtir du mauvais emploi que les fonctionnaires municipaux feraient de l'argent.

[33] Que devient le patrimoine de la corporation dissoute? Cette question appartient au droit public, et doit recevoir des solutions différentes, selon le but que la personne civile avait mission de poursuivre. Des auteurs ont invoqué le Fr. 3, pr. D., *de collegiis* 47, 22, pour soutenir qu'en droit romain, au moins, les biens d'une corporation dissoute se partageaient entre les membres; mais c'est à tort, car ce texte parle, non pas d'une personne civile, mais d'un *collegium illicitum*, c'est-à-dire d'une association sans personnalité civile.

[34] *Voy.* les passages cités à la note 28, et Fr. 21, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. « Si ususfructus civitati legetur et aratrum in eam inducatur, *civitas esse desinit*, ut passa est Carthago : ideoque quasi morte desinit habere usumfructum. » Cf. Tite-Live, XXV, 16. « Habitatur tantum (Capua) et frequentatur, tanquam urbs : corpus nullum civitatis. » — C'est probablement de ce cas qu'entend parler Gaius, au Fr. 56, D., *de usufructu* 7, 1. « Quia neque morte, nec *facile capitis deminutione* periturus est (ususfructus municipibus relictus). »

abstraction faite de ce cas, il est difficile de donner des règles précises sur la dissolution des corporations. Les communautés qui n'ont pas de rapports politiques avec l'État peuvent, en général, se dissoudre par un décret valable de l'assemblée des membres. Enfin si le but d'une corporation se rapporte exclusivement aux intérêts personnels de ceux qui la composent, elle sera éteinte quand il n'en restera plus de membres [35].

§ 22.

Par cela même que la corporation a la qualité de personne, elle a la faculté d'avoir des droits. Pour acquérir des droits, il faut ordinairement un acte d'acquisition. Pareil acte ne peut être fait par la corporation, puisqu'il suppose nécessairement un être pensant et ayant une volonté, et que les personnes civiles ne sont qu'une abstraction, une fiction. Les corporations sont donc par elles-mêmes incapables de faire des actes d'acquisition [1]; mais rien ne s'oppose à ce qu'elles acquièrent par représentants, de même que les pupilles, incapables d'agir, acquièrent par l'entremise de leur tuteur [2].

La corporation donc peut acquérir et avoir des droits, tant des droits réels que des droits d'obligation, et c'est en sa qualité de personne civile qu'elle les possède et les exerce. Les biens dont elle a la propriété n'appartiennent pas aux membres, mais à l'être fictif qui constitue la personne civile [3]. Toutefois les membres formant actuellement la communauté peu-

[35] « De ce qu'une corporation peut être continuée par *un seul membre* (*voy.* note 28), quelques auteurs concluent à tort que la corporation cesse nécessairement d'exister par suite de la mort de *tous* ses membres. Cette opinion doit être rejetée dans tous les cas où le but de la corporation est de sa nature perpétuel et d'intérêt public. Si, par exemple, les membres d'un corps de métier étaient *tous* subitement emportés par une épidémie, on aurait grandement tort de considérer la communauté comme éteinte, et ses biens comme étant sans maître ou tombés dans le domaine public. » DE SAVIGNY, *System des heutigen R. R.*, t. II, § 89. — Dans tous les cas, le changement de tous les individus qui ont originairement composé l'*universitas* est sans importance pour la question de sa continuation. Fr. 7, § 2, D., *quod cuiusc. univers.* 3, 4. — Fr. 76, D., *de iudiciis* 5, 1

[1] Fr. 1, § ult. Fr. 2, D., *de adq. poss.* 41, 2. Cf. ULPIEN, XXII, 5. — Il ne faut pas perdre de vue qu'on acquiert quelquefois sans faire un *acte* d'acquisition. *Voy.* ci-dessus, § 8 *initio*, et ci-après, t. III, § 411.

[2] Fr. 1, § 1, D., *quod cuiusque universit.* 3, 4, transcrit ci-dessus, § 21, note 2. — Fr. 14, D., *ad municipalem* 50, 1. « Municipes intelligntur scire, quod sciant hi quibus summa reipublicæ commissa est ». — Fr. un. § 1, D., *de libertis universitatum* 38, 3.

[3] Fr. 6, § 1, D., *de divis. rerum* 1, 8. « *Universitatis* sunt, *non singulorum*, veluti, quæ in civitatibus sunt, theatra..., et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. » — Fr. 2, D., *quod cuiuscunq. univ.* 3, 4. « Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sit, haberi; hic enim pro republica, vel universitate intervenit, non pro singulis. » — Ce principe est encore reconnu dans les cas suivants : 1° Dans les instructions criminelles, le témoignage d'un esclave n'est point admis contre son maître; or, les esclaves d'un municipe peuvent témoigner contre l'habitant du municipe. 2° Les affranchis d'un municipe ont pour patron

vent avoir la jouissance des biens de celle-ci; par exemple, l'usage de pâturages communaux. Dans ce cas, on appelle ces biens *res universitatis* par excellence, en opposition à ceux dont la jouissance n'est pas accordée aux membres, mais réservée à la communauté comme telle, *patrimonium universitatis* [4]. Les droits d'obligation appartiennent à la communauté comme telle, et non pas aux membres qui se trouvent en faire partie. Il en est de même des obligations qui sont à la charge de la communauté [5]: les membres n'en sont point tenus personnellement [6]. La communauté peut également aliéner les droits qu'elle a acquis; mais sous ce rapport, les personnes civiles sont généralement soumises à des lois restrictives qui présentent plus ou moins d'analogie avec les restrictions imposées à la faculté d'agir des impubères et des mineurs.

On a cherché à déterminer la différence fondamentale entre la corporation et la société ordinaire. Ces institutions présentent toutes deux une réunion d'hommes poursuivant un but commun. C'est dans ce but que quelques auteurs ont voulu trouver l'élément de différence, en disant que le but de la communauté est quelque chose de stable, de permanent, tandis que celui de la société ordinaire n'est que momentané ou passager. C'est une erreur : une communauté peut avoir un but passager, une société peut se proposer un but perpétuel. D'autres ont prétendu que la principale différence consiste en ce que, dans une communauté, les membres doivent se soumettre aux décisions de l'assemblée, tandis que, dans

le municipe, et non point les habitants de la ville. *Voy.* le Fr. 6, § 1, D., *cité*, ainsi que Fr. 1. 2. 3, D., *de manumiss. quæ servis.* 40, 3. – Fr. 1, D., *de libertis universitatum* 38, 3. – Fr. 10, § 4, D., *de in ius vocando* 2. 4. – Fr. 25, § 2, D., *de adquir. hered.* 29, 2. – Fr. 1, § 7, D., *de quæstionibus* 48, 18.

[4] Ces termes techniques sont modernes, mais la distinction se trouve dans le droit romain.

[5] Une *universitas* peut-elle être obligée par un délit? Évidemment non; car elle n'a de personnalité que pour le but en vue duquel elle a été créée par le pouvoir social, et il est impossible que le pouvoir social autorise un délit. Lors donc qu'un méfait a été commis au nom d'une communauté, il ne peut être imputé, même au point de vue civil, qu'aux individus qui s'en sont rendus coupables. Mais il va sans dire que l'*universitas* doit restituer ce qu'elle a pu gagner par suite du délit, *quod ad eam pervenit*. *Voy.* ci-après, § 56 *in fine*. Ces principes, fondés dans la nature des choses, sont consacrés par les passages suivants : *Nov. Maioriani*, VII, § 11. – Fr. 15, § 1, D., *de dolo malo* 4, 3, et Fr. 4, D., *de vi* 43, 16. Le Fr. 9, § 1, D., *quod metus causa*. 4, 2, qui pourrait paraître contraire, s'explique facilement quand on tient compte de la nature particulière des remèdes légaux contre la violence, qui sont *in rem scripta*. *Voy.* Fr. 9, § 3. 8, D., *eodem* et ci-après, t. II, § 205. — Il ne faut pas confondre avec la question que nous venons de signaler celle de savoir si les *universitates* sont tenues du dommage provenant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de leurs obligations, alors que les faits qui ont occasionné le dommage ont été posés par leurs agents. Ici la réponse doit être évidemment affirmative.

[6] Fr. 7, § 1, D., *quod cuiuscunq. univ.* 3, 4. « Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec, quod debet universitas, singuli debent. » – Fr. 2, D., *eodem*. — Rien ne s'oppose à ce qu'un membre soit créancier ou débiteur de l'*universitas*, ou qu'il y ait procès entre l'*universitas* et l'un de ses membres. Fr. 1, § 15. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. – Fr. 9, D., *quod cuiuscumque universit.* 3, 4.

la société ordinaire, chaque membre reste indépendant. Mais d'abord cette règle n'est pas absolument vraie, car les statuts de la communauté, aussi bien que ceux de la société, peuvent y déroger; ensuite, quand même on pourrait la considérer comme fondée, encore ne serait-elle qu'une suite de la différence qu'on cherche à déterminer, et c'est une pétition de principe que de la donner comme élément fondamental de cette différence. Il en est de même des opinions qui cherchent cet élément dans l'étendue des droits qui sont accordés aux membres, etc.

La seule ressemblance qui existe entre la communauté et la société, c'est qu'elles sont l'une et l'autre composées d'hommes; mais cela n'est point essentiel pour la qualité fondamentale de la communauté, qui est d'être personne. Par rapport à cette qualité, il n'y a rien de commun entre elle et la société ordinaire. La société est une réunion de plusieurs personnes qui restent toutes et chacune des personnalités distinctes. La communauté est une personne elle-même, et c'est cette qualité fictive, cette attribution donnée par le pouvoir législatif, qui la constituent un être à part. De cette différence fondamentale résultent des différences notables dans les manifestations extérieures des deux institutions. Ainsi, dans la communauté, ce ne sont pas les membres qui ont les droits acquis, mais la communauté elle-même; tandis que, dans la société, chaque membre a sa part déterminée dans les biens ainsi que dans les obligations. Dans la société, chacun garde son individualité. De là il suit qu'aucune décision obligatoire ne peut être prise contre le gré d'un seul membre, à moins que tous les membres ne se soient d'avance soumis à une restriction de leur droit individuel. Dans la communauté, au contraire, où l'individualité des personnes qui se trouvent en faire partie n'est pas un élément constitutif, pareil droit n'appartient point aux membres : les décisions doivent être prises de la manière prescrite par les statuts; et si les statuts n'ordonnent rien à cet égard, il ne reste d'autre moyen rationnel de suppléer à cette lacune que de laisser à la majorité le soin de décider les questions qui peuvent se présenter. C'est encore par la même raison que la société se dissout par la séparation d'un seul membre, tandis que la corporation continue à subsister, tant que ses éléments constitutifs existent, n'y eût-il plus un seul des membres qui l'ont fondée [7].

§ 23. *Des établissements de bienfaisance.* Piæ causæ †.

Nos sources mentionnent diverses espèces de *piæ causæ* ayant la qualité de personne. De ce nombre sont les églises, les monastères, les hos-

[7] *Voy.* encore, sur cette question, ci-après, t. II, § 227.

† Le terme *piæ causæ* se trouve à la L. 19, C., *de SS. Ecclesiis* 1, 2.

pices d'orphelins, les hôpitaux, etc. Sous la république, le culte tenait étroitement à l'organisation politique de l'État, et les frais des cérémonies étaient faits par la république, les curies, les *gentes*, etc. [1]. Cependant nous trouvons déjà d'assez bonne heure des biens appartenant aux *templa* [2], et nous lisons dans Ulpien que des dispositions législatives avaient accordé la qualité de personne à certaines divinités, en les déclarant capables d'être instituées dans un testament [3].

La bienfaisance, qui était également une charge de la république et des villes [4], avait pour dispensateurs les magistrats ordinaires ou bien des administrateurs particuliers [5]. Les progrès du paupérisme firent créer, au septième siècle, des distributions de blé, qui furent réglées avec grand soin par des dispositions législatives tant sous la république que sous l'empire [6]. Les empereurs furent amenés à s'occuper de mesures analogues en dehors de la ville de Rome, et nous trouvons, à partir de Nerva, des établissements spéciaux destinés à fournir des aliments aux orphelins et aux enfants des pauvres en Italie [7], et des fonctionnaires impériaux chargés de surveiller ce service [8]. Une table d'airain trouvée à Mezinesso, dans le duché de Plaisance, sous les ruines de la ville de Velleia, nous a

[1] *Voy.* ci-dessus, nº 13.

[2] Chez Cic., *divin. in Cæcil.* 17, une *liberta Veneris Erycinæ* soutient qu'elle appartient, elle et tous ses biens, à la déesse, *se et omnia sua Veneris esse*, et la question est soumise à des récupérateurs. — Varron, de *l. l.*, VIII, 83 (VII, 41. Gothofr. — p. 124 Bipont.) « *Fanorum* servi ». — Fr. 20, § 1, D., *de annuis legatis* 33, 1. « Ceterum datum *templo*. » — Les L. 4. 5. Th. C., *de locatione fundorum emphyt.* 10, 3, parlent encore de *templa* qui sont évidemment païens. Cf. L. 20, Th. *de paganis* 16, 10.

[3] Ulpien, XXII, 6. « Deos heredes instituere non possumus, præter eos, quos senatusconsulto, constitutionibus Principum concessum est : sicuti Iovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, matrem Deorum Sipylensem quæ Smyrnæ colitur, et cœlestem Salinensem Carthaginis. » *Voy.* aussi le passage de Cic., *in Cæcil.* 17, *cité* à la note précédente, et ci-après, t. III, §§ 383. 419, C.

[4] Denys d'Hal., III, 21, rapporte que, d'après une loi, encore en vigueur de son temps, les enfants *trigemini*, *τρίδυμοι*, recevaient, en commémoration des trois Horaces, des aliments de l'*ærarium* jusqu'à l'âge de la puberté.

[5] Ce fait est constaté par un grand nombre d'inscriptions où figurent des magistrats municipaux, sous les noms de *curatores* et *quæstores pecuniæ alimentariæ*, etc. — *Voy.*, entre autres, Orelli, *Inscr.*, nºˢ 2155. 3908. 3991. — Reinesius, *Inscr.*, VI, 24. — Cf. Tabula Heracleensis, linea 17.

[6] D'après une loi de C. Gracchus (631), la république vendait aux indigents le blé à un prix réduit de moitié environ. En 692, le sénat fit des distributions gratuites, et cette mesure, généralisée par une loi de Clodius (696), acheva la démoralisation du peuple. Le mode de ces distributions, qui finirent par devenir une charge régulière et permanente de l'État, fut, sous les empereurs, réglementé avec le plus grand soin. — *Voy.* ci-dessus, nºˢ 80. 159. 214.

[7] Aurélien Victor, *de Cæsar.*, 12. « (Nerva) puellas puerosque, natos parentibus egestosis, sumtu publico per Italiæ oppida ali iussit. » — Trajan et Adrien : Dion Cassius, LXVIII, 5 ; Pline, *Paneg.*, 26. 28 ; Spartian., *Adrien*, 7. — Antonin le Pieux : Capitol., *Antonin.*, 8. — Marc-Aurèle : Capitol., *Marcus*, 26. — Alexandre-Sévère : Lamprid., *Sévère*, 56 ; Capitol., *Pertinax*, 4. — Tit. Th. C., *de alimentis quæ inopes parentes de publico petere debent* 11, 27.

[8] Capitol., *Pertinax*, 4. — Spartian., *Didius Iulianus* 1. — Orelli, *Inscr.*, 3143, 3908. 3933.

conservé deux inscriptions contenant chacune une série d'actes constitutifs d'hypothèques à l'effet d'assurer le service de fondations de ce genre, *obligationes prædiorum* [9]. Dans la plus importante de ces inscriptions, qui est de l'an 103 et qu'on appelle habituellement * *Tabula alimentaria Traiani* *, il s'agit d'un fonds de 1,044,000 sesterces (environ 260,000 francs) destiné, sous les auspices de Trajan, à servir à l'éducation de 279 enfants légitimes et de 2 enfants illégitimes [10]. D'autres documents constatent l'existence de plusieurs fondations analogues [11]. Toutefois ce ne fut que sous les empereurs chrétiens que les églises et les établissements de bienfaisance furent organisés d'une manière régulière et uniforme. Ces institutions acquirent dès lors une grande importance, que les successeurs de Constantin cherchèrent à étendre au moyen de nombreux priviléges [12].

En examinant les rapports de droit dans lesquels ces établissements peuvent se trouver, il faut surtout se garder de considérer les administrateurs, qui sont ordinairement à la tête de l'institution, comme formant une corporation, et de les prendre pour le sujet de la personne juri-

[9] Ces deux inscriptions se trouvent en entier dans le *Corpus inscriptionum latinarum*, t. II, p. 157. — Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine*, Appendice, n° 58. — Spangenberg, *Iuris romani tabulæ negotiorum solemnium*, p. 507. — Haenel, *Corpus legum*, p. 69 et 72. — Bruns, *fontes*, p. 144, et Giraud, *Enchiridion*, p. 655, en donnent des extraits. Nous en donnerons également à la note suivante, et ci-après, § 155, note 18.

[10] Le document porte l'intitulé suivant qui en fait suffisamment connaître l'objet : « Obligatio prædiorum ob h-s deciens quadraginta quattuor milia ut ex indulgentia optimi maximique principis imp. Cæs. Nervæ Traiani Aug. Germanici dacici pueri puellæque alimenta accipiant legitimi n. (numero) ccxlv in singulos h-s. xvi n. (numos) ; f. (fiunt) h-s. $\overline{\text{XLVII}}$ xl n. (numi) : legitimæ n. (numero) xxxiv sing. h-s. xii n. (numos); f. (fiunt) h-s. $\overline{\text{IV}}$ dccccxcvi : Spurius i (unus) h-s. cxliv, spuria i (una) h-s. cxx. Summa h-s. $\overline{\text{LII}}$ cc, quæ fit usura ⁚ ▪ ⁚ sortis supra scribtæ. Suivent un grand nombre de déclarations de propriétaires du pays de Velléia, qui imposent à leurs immeubles des hypothèques pour la sûreté du capital affecté à ce service. Cf. ci-après, § 155, note 18, et § 156, note 2. — La seconde inscription, de l'an 100, se rapporte à une somme de 72,000 sesterces que Corn. Gallicanus, probablement *præfectus* ou *procurator alimentorum*, place sur hypothèque chez cinq propriétaires de Velléia, à cinq pour cent d'intérêt, à l'effet d'assurer l'alimentation de dix-neuf enfants légitimes.

[11] Une inscription, donnée par M. Mommsen, *Incr. regni Neapol.*, n° 4546, atteste que, probablement sous Auguste, un certain T. Helvius « Atinatibus legavit h-s. CCCC, ut liberis eorum ex reditu, dum in ætatem pervenirent, frumentum et postea sestertia singula millia darentur. » *Voy.* M. Henzen, *Tab. alim. Bæb.*, p. 17. 18. On trouve au même endroit mention de Macrina, qui, en souvenir de son fils Macer, lègue aux habitants de Terracine 1,000,000 de sesterces « *ut ex reditu* eius pecuniæ darentur centum pueris alimenta ». — Une autre inscription avec déclarations hypothécaires, de l'an 101, assure le service d'alimentation de l'établissement de Cornelia Bæbia. Hænel, *Corpus legum*, pp. 70 sq. et Orelli-Henzen, t. III, n° 6664, d'après M. Henzen, *Tabula alimentaria Bæbianorum*. Rome, 1845. — Pline le Jeune donna de son vivant à la ville de Côme 500,000 sesterces pour des œuvres de bienfaisance, et plus tard par son testament encore une somme de 500,000 sesterces. Pline, *Epist.*, VII, 18, et ci-après, § 146. Terrasson, *l. l.*, p. 45. — Orelli, *Inscr.*, 1172. — Henzen, *l. l.*, p. 17.

[12] Nous mentionnerons ces priviléges aux endroits convenables. Par rapport aux églises, nous remarquons les dispositions suivantes : Si un testateur institue héritier Jésus-Christ, il est censé

dique [15]. Les administrateurs ne sont que les fonctionnaires de la personne civile : ce qui constitue cette personne, c'est le but pour lequel elle est instituée.

§ 24. *Du fisc* †.

Dans les derniers temps de l'empire, on se sert du mot *fiscus* pour désigner l'État, considéré comme sujet de droits civils, ou bien le patrimoine de l'État, considéré comme personne civile.

Sous la république, l'État se manifestait tout naturellement comme la communauté de tous les citoyens [1]. Le *populus romanus* avait, comme toute communauté, ses propriétés et pouvait être créancier ou débiteur envers d'autres personnes ou communautés [2]. Il agissait, comme les autres corporations, par ses représentants, c'est-à-dire ses magistrats, qui, en contractant régulièrement, acquéraient pour leur commettant et l'obligeaient, tout en demeurant personnellement responsables des moyens qu'ils employaient à l'effet d'exécuter leur mandat [3]. Cependant la souveraineté dont la nation est investie imprime à tout ce qui est fait par elle un caractère d'autorité et de puissance absolues. Ainsi, d'une part, il va de soi que le *populus romanus,* en transmettant une chose à un particu-

avoir institué l'église de son domicile. Si c'est un archange ou un martyr qui est institué, la libéralité revient à l'église consacrée à ce saint dans le lieu du domicile du testateur, ou, à défaut, dans la province où il avait son domicile, etc. L. 26, C., *de SS. Eccles.*, 1, 2 (non glosée). — *Nov.* 131, c. 9. *Voy.* les détails chez Serrigny, *Droit public*, t. I, n°s 496-504. T. II, n°s 998-1002. — Pour les autres établissements destinés à secourir les indigents, les voyageurs, les orphelins, les malades, les vieillards, les enfants nouveau-nés (*ptochia, xenodochia, orphanotrophia, nosocomia, gerontocomia, brephotrophia*) *voy.* L. 13. 15. 17. 19. 22. 24. 28. 35, § 7, C., *de SS. Ecclesiis* 1, 2. — L. 35. 46. 49, C., *de episc. et clericis*, 1, 3. — *Nov.* 131, c. 11. 12. 15.

[15] Comme il importe également de distinguer la corporation des décurions et le municipe, le collége des prêtres et le *templum*. *Voy.* ci-dessus, note 1, et § 21, notes 6. 7, ainsi que la distinction fondamentale par laquelle nous avons terminé le § 20.

† *Fragmentum Veronense de iure fisci.* — Paul, *de iure fisci et populi* V, 12. — Titt. D., *de iure fisci* 49, 14 ; Th. C., *eodem* 10, 1 ; I. C., *eodem* 10, 7.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 21, note 2.

[2] Parmi les propriétés, il suffit de mentionner l'*ager populi* ou *publicus* et le butin fait à la guerre. *Voy.* ci-dessus, n°s 14 sqq. 79. 82 sqq., et ci-après, §§ 91. 97, n° III; 98, n° 6. — Le *populus* était créancier des impôts et des amendes et autres condamnations, infligées aux citoyens (*voy.* ci-dessus, n°s 78. 95); et il le pouvait devenir par des actes de prêt, de vente, de location, d'adjudication de travaux (*voy.* ci-après, note 7). Des causes diverses pouvaient le constituer débiteur : rappelons entre autres l'emprunt contracté par la république pendant la seconde guerre punique. *Voy.* ci-dessus, n° 80 *in fine*. N'oublions pas les hérédités que le peuple romain recueillit dans plus d'une occasion. Ci-après, t. III, § 385, note 17.

[3] Le magistrat avait toujours une double responsabilité, d'une part, au point de vue politique envers le peuple (*voy.* ci-dessus, n° 52); d'autre part, envers les particuliers, qu'il pouvait léser par les actes faits dans l'exercice de ses fonctions. Fr. 13, D., *de periculo* 18, 6. « Eumque cum Ædili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliæ... » — Fr. 32, D., *de iniuriis* 47, 10. — Cf. Fr. 29, § 7, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Un exemple intéressant nous est fourni par Pline, *H. N.*, XXXVI, 2, où un entrepreneur de l'entretien des cloaques publiques exige de

lier, lui en donne le *dominium ex iure Quiritium* [4]; d'autre part, la nation, source de tout pouvoir, n'a pas besoin de demander le concours des dépositaires du pouvoir social pour faire valoir et exécuter ses prétentions à charge des particuliers. Sans passer par les formalités ordinaires, elle peut saisir ou faire saisir le patrimoine de ses débiteurs insolvables, des condamnés, des proscrits, et l'exposer en vente, *bonorum sectio* [5]. Cependant ce n'est qu'à la dernière extrémité que l'on a recours à pareille rigueur envers les citoyens : régulièrement on leur permet d'éviter cette exécution, en fournissant des cautions solvables, et quand le peuple contracte avec des particuliers, cette mesure prudente est de droit. Ceux qui s'engagent envers la république par emprunt, par achat, par location ou autrement [6], *mancipes* et *redemtores*, sont tenus de fournir des cautions, *prædes*, qui se trouvent obligés, eux et leurs biens, aussi rigoureusement que les *nexi* [7]. Cette institution des *prædes populo dati* survécut au *nexum;* mais, probablement pour se conformer à l'esprit de la loi *Pœtelia* [8], on ne tarda pas à prévenir l'exécution directe contre les personnes obligées en faisant désigner par elles, à titre de gage, des immeubles déterminés [9], *prædia subsignare* [10], que le magistrat [11] acceptait comme garantie après

l'édile M. Scaurus une *cautio damni infecti* (*voy.* ci-après, t. II, § 285, nº I) pour être garanti contre le dommage que ce magistrat pourra lui causer, en faisant passer au-dessus des cloaques des blocs de marbre d'un grand poids. — De cette manière les Romains ne trouvaient aucune difficulté à la matière de la responsabilité des agents du pouvoir que l'on se plait à considérer de nos jours comme renfermant un problème insoluble.

4 *Voy.* ci-après, §§ 91. 97.

5 *Voy.* ci-après, § 97, IV.

6 Par emprunt (Tite-Live, VII, 21. XXII, 60. – Tacite, *Annales,* VI, 17) ou autrement. Cf. ci-dessus, nº 80.

7 Tabula Bantina, c. 2, in f., lin. 11 (?). – Lex Acilia repetundarum, c. 18, lin. 57. – Lex (Thoria) agraria, c. 20. 21, lin. 45. 47 sq. — Table de Malaga, c. 60. 63. 64. – Cic., *ad familiares,* II, 17; *in Verrem,* II, 1, 54 et Ps. Asc. *ad h. l.,* p. 196 Orelli. – Varron, *de l. l.,* V, 40. VI, 74 (IV, 4. V, 7 Gothofr. – p. 11. 17 Bipont.). – Tite-Live, XXII, 60. XXXVIII, 58. – Aulu-Gelle, VII, 19. – Festus, vv. *Comprædes. Manceps. Præs.*

8 *Voy.* ci-après, t. II, § 299.

9 D'après M. Huschke, l'on aurait fini par admettre également des choses mobilières de grande valeur, telles que perles, bijoux. Nous aurons à revenir ci-après, § 97, I, sur cette hypothèse ingénieuse, mais dénuée de preuves, à moins qu'on ne veuille accepter l'autorité plus que douteuse du Pseudo-Asconius, *ad Cic. Verr.,* II, 1, 54. p. 196 Orelli. « Bona prædia dicuntur bona satis dationibus obnoxia, sive sint in mancipiis, sive in pecunia numerata ; prædia vero domus, agri. Hæc omnia venduntur *rel.* »

10 *Prædia subsignare, subdere, in publicum dare, obligare;* aussi *subsignare* tout court. Lex (Thoria) agraria, c. 20. 21. 35. 41. 51, lin. 45. 47. 73. 84. 100. – Table de Malaga, c. 60. 63. 64. – Cic., *in Verrem,* II, 1, 54. 55, et Ps. Ascon. *ad* c. 54, p. 196 Orelli. – Le même, *pro Flacco,* 32, et *Schol. Bob. ad h. l.,* p. 244, 8 Orelli. – Varron, *de l. l.,* V, 40 (IV, 4 Gothofr. – p. 11 Bipont.) – Tite-Live, XXII, 60. – Tacite, *Annales,* VI, 17. – Festus, v. *Quadrantal.*

11 Lex (Thoria) agraria, c. 35, lin. 73. « .... arbitratu prætoris qui inter cives tum Romæ ius dicet, satis subsignato... »; *ibidem,* c. 41, lin. 84. – Cic., *in Verrem,* II, 1. 54. – Aulu-Gelle, VII, 19, 5. – Cf. Lex Puteolana, I, lin. 6. 7 (ci-après, note 15) et Table de Malaga, c. 60.

une expertise, préalablement faite par gens à ce connaissant, *cognitores* [12], qui répondent de l'exactitude de leur évaluation [13]. Cette garantie personnelle et réelle, fournie *prædibus prædiisque*, est, dans les derniers temps de la république, de droit dans tous les engagements que les particuliers contractent envers le peuple romain [14] et même envers les municipes [15]. Elle ne correspond exactement à aucune institution du droit privé proprement dit [16] : de fait elle produit, en dehors de l'engagement de la personne qui vient en ordre subsidiaire, des effets analogues à ceux que donnerait dans le droit nouveau une hypothèque sur tous les biens, avec affectation spéciale de certains biens déterminés [17], mais toujours avec exécution parée, pour nous servir d'un terme moderne qui sert à bien exprimer l'idée. Si, à l'échéance, l'obligation n'est point acquittée, l'État ne se charge pas lui-même de l'exécution, mais il expose en vente sa créance avec les garanties y attachées, *vendere prædes prædia et cognitores* [18]. A la première séance, la créance est attribuée à celui qui en offre la valeur intégrale [19]; les débiteurs exécutés sont admis à offrir eux-mêmes, ils sont même préférés à tous les autres [20]. Si, à cette séance, le prix intégral n'est point offert, la créance est, dans une seconde séance,

[12] C'est la Table de Malaga, c. 64. 65, qui nous a fait connaître cette signification du mot *cognitor*, que nous avons traduit par la locution analogue « gens à ce connaissant » dont se sert le Code Napoléon, art. 825.

[13] Table de Malaga, c. 64. 65.

[14] *Voy.* ci-dessus, notes 2. 6. 7.

[15] C'est ce que nous voyons par l'inscription connue sous le nom de *Lex Puteolana parieti faciundo* (*Corpus inscr. latin.*, I, 165. — Haubold, *Monumenta legalia*, p. 70. — Bruns, *Fontes*, p. 139), et par la Table de Malaga, c. 63. 64. 65. Cette dernière nous apprend également, au chapitre 60, que les bourgeois qui se portent candidats aux places de duumvir et de questeur doivent *dare prædes*, et, en cas de besoin, *subsignare prædia*. Cf. Ulpien, Fr. 3, § 4, D., *de admin. rerum ad civitates pertinentium* 50, 8.

[16] Au fond, le droit de l'État sur les biens de la caution est le même que celui du créancier à qui le débiteur, à titre de garantie réelle, a fait mancipation d'une chose avec *fiducia*. *Voy.* ci-après, § 153. Seulement, la *formalité* de la mancipation n'est pas nécessaire; elle est même impossible. Comment, en effet, un particulier pourrait-il faire avoir au peuple la garantie des Quirites? D'un autre côté, l'État ne saurait contracter envers un particulier l'obligation éventuelle (*fiducia*) de restituer la chose au cas que sa créance vienne à être payée. C'est donc un engagement du *prædium* par simple convention. Envisagée ainsi, notre institution forme la transition de la *mancipatio* avec *fiducia* à l'hypothèque, comme la *bonorum sectio* a fait naître la *bonorum proscriptio* du débiteur insolvable. *Voy.* ci-après, § 153, et t. III, § 299.

[17] *Voy.* ci-après, § 166, note 31.

[18] Table de Malaga, c. 64. 65. — Cic., *in Verrem*, II, 1, 54, ci-après, note 20. — Le même, *Philipp.*, II, 31. « ... prædes vendere... »

[19] La Table de Malaga, c. 64, dit que cette opération se fait *lege prædiatoria*. *Voy.* ci-après, note 21. Quel est le sens de cette locution qui se retrouve chez Suétone, *Claude*, 9, et probablement chez Gaius, II, 28, où le mot est illisible? Désigne-t-elle le cahier des charges en vertu duquel se faisaient l'engagement et la vente des *prædia*, ou bien, ce qui est plus probable, y avait-il une loi organique de la matière portant ce nom?

[20] Cic., *in Verrem*, II, 1, 54. « Ubi illa consuetudo in bonis, prædibus prædiisque vendundis omnium consulum, censorum, prætorum quæstorum denique, ut optima conditione sit is cuia res

adjugée à tout prix, *in vacuum* [21]. L'exploitation des chances favorables que présentaient ces ventes *ex prædiatura* constituait un trafic avantageux. On appelait *prædiatores* [22] les individus qui avaient l'habitude de s'en occuper, et l'on donnait le nom de *ius prædiatorium* [23] aux lois, règlements et usages concernant cette matière, qui formait une partie importante du droit administratif de Rome [24]. — Cette manière de procéder, dont la dernière trace certaine se rencontre chez Gaius [25], ne fut point appliquée aux créances du fisc [26]; mais les empereurs eurent soin d'accorder à leur cassette particulière divers priviléges dont la plus haute expression se trouve dans une constitution de Caracalla qui accorde au fisc de plein droit, et sans qu'il ait besoin de le stipuler, un droit d'hypothèque sur tous les biens présents et à venir des personnes qui contractent avec lui [27].

Nous avons vu, dans l'introduction historique, comment le fisc, qui, dans le principe, ne comprenait que la cassette particulière du prince, finit par absorber le trésor public, *ærarium*. Il est vrai que l'on distingue encore quelquefois nominativement le trésor de l'État, *ærarium sacrum*, et celui de la couronne, *fiscus;* mais cette distinction est purement administrative. Une autre division, qui est fondée dans la nature des choses, est celle qu'on établit entre le patrimoine de la couronne et le patrimoine privé de l'empereur considéré comme individu, *res privata;* car, rigoureusement parlant, l'empereur, par rapport à ses *res privatæ*, est une personne physique comme tout autre particulier. Toutefois, il est à remarquer qu'il dépendait du bon plaisir de chaque empereur de maintenir ou

sit, cuium periculum.— LE MÊME, *ibidem*, II, 3, 7. « ... is redimeret cuia res est. »— Cf. Fr. 16. 33, § 1, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. – Fr. 11, § 4, D., *de publicanis* 39, 4, et ci-après, t. II, § 300, note 7.

[21] TABLE DE MALAGA, c. 64. « Aut, si lege prædiatoria emtorem non inveniet, quam legem in vacuum vendendis dicere oporteret. » – SUÉTONE, *Claude*, 9.

[22] GAIUS, II, 61. « Nam qui mercatur a populo, prædiator appellatur. » Cf. LEX (THORIA) AGRARIA, c. 34. « qui a populo mercassitur. » – TABLE DE MALAGA, c. 65. « eos qui eos prædes cognitores, ea prædia mercati sunt. »

[23] CIC., *pro Balbo*, 20. – VAL. MAX., VIII, 12, 1. — Le Fr. 54, D., *de iure dotium* 23, 3, est tiré d'un ouvrage de GAIUS, *ad edictum Prætoris, de prædiatoribus*. Cf. ci-après, t. III, § 311.

[24] Ce n'est que dans les derniers temps que des travaux spéciaux et des découvertes récentes, notamment celle de la TABLE DE MALAGA, ont jeté quelque jour dans cette matière difficile, dont on trouve un exposé substantiel et lucide, autant que l'état de nos sources le permet, dans une dissertation, récemment publiée par M. ALPH. RIVIER, *Untersuchungen über die cautio prædibus prædiisque*. Berlin, 1863.

[25] *Voy.* les deux passages de Gaius, mentionnés aux notes 22. 23, et sur lesquels nous aurons à revenir ci-après, § 110, et t. III, § 311. C'est erronément qu'on cite à ce propos ULPIEN, Fr. 6, § 7, D., *communi dividundo* 10, 3; car, dans ce passage, au lieu de *prædibus caveris*, il faut lire avec le manuscrit de Florence *pro ædibus caveris*. — Les *prædes litis et vindiciarum* dont parlent Gaius et Paul appartiennent à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-après, § 117, note 11.

[26] *Voy.* ci-après, notes 30 et suivantes

[27] *Voy.* ci-après, § 158, B, 1.

d'abolir cette distinction, qui dès lors n'avait en réalité plus aucune importance pratique [28].

Au reste, le fisc est, comme les autres personnes civiles, soumis aux règles générales de droit et de procédure [29]. Tout particulièrement, pour faire valoir et exécuter ses droits et prétentions à charge des particuliers, doit-il user des moyens ordinaires, qui sont la contrainte par corps, la saisie de gages et l'envoi en possession des biens du débiteur insolvable [30], sauf à jouir, sous beaucoup de rapports, de priviléges nombreux et étendus que nous indiquerons aux endroits convenables, tout en faisant observer ici que ces priviléges, étant des dérogations au droit commun, sont de stricte interprétation et ne doivent ni être étendus ni être présumés. C'est là le sens d'un célèbre texte de Modestin [31] qu'on a souvent mal compris, comme si dans toutes les questions douteuses, de fait ou de droit, il fallait décider contre le fisc, * *in dubio contra fiscum* *. — Disons, en terminant, que dès Alexandre Sévère, la cassette privée de l'empereur et même celle de l'impératrice participaient aux priviléges du fisc [32].

TITRE TROISIÈME.

DES CHOSES.

NOTION. — RES IN COMMERCIO. RES EXTRA COMMERCIUM.

§ 25.

Dans le langage rigoureux, on appelle chose tout objet matériel hors l'homme. En droit, le mot chose, *res*, a souvent une signification plus étendue : il comprend non-seulement les objets matériels, mais encore

[28] *Voy.* ci-dessus, nos 162. 226.

[29] Sauf la juridiction exceptionnelle dont il jouit. Cf. ci-dessus, no 225. — Faisons observer à ce propos que les divers bureaux de l'administration fiscale, *stationes*, ne font qu'un (L. 2, C., *de solutionibus* 8, 43. — L. 1. 2, C., *ne fiscus rem quam vendidit evincat* 10, 5); que cependant nous ne pouvons opposer, en compensation à un bureau fiscal, ce qui nous est dû par un autre bureau.

[30] *Voy.* ci-après, § 69, notes 6 et suivantes.— Fr. 9, § 6, D., *ad legem Iuliam peculatus* 48, 13. — Tit. C., *de conveniendis fisci debitoribus* 10, 2.

[31] Fr. 10, D., *de iure fisci* 49, 14. « Non puto delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderet. »

[32] Fr. 6, § 1, D., *de iure fisci* 49, 14. « Quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Cæsaris ratio et Augustæ habere solet. » — L. 3, C., *de quadriennii præscriptione* 7, 37. — § 14, I., *de usucapionibus* 2, 6.

les actions de l'homme et, en général, tout ce qui peut être un objet de droit [1].

Cette notion a encore subi des modifications dans la législation romaine. De même que l'idée de *persona*, elle a été étendue et restreinte. La loi l'a étendue, en déclarant choses les hommes esclaves qui, en cette qualité, sont la propriété de leurs maîtres [2]. Elle l'a restreinte, en statuant qu'on ne peut avoir de droit sur certains objets qui, d'après l'idée originaire, entreraient dans la catégorie des choses. On appelle ces objets *res extra commercium* [3].

Sont hors du commerce :

1° Les choses que la nature semble avoir destinées à l'usage de tout le monde, et que, par ce motif, les Romains appellent *communia omnium*, telles que l'air, l'eau courante, la mer et par suite les rivages de la mer [4];

2° Les choses destinées à l'usage de tous les membres de la république, *res publicæ* [5]. Les Romains comprennent sous cette dénomination les fleuves, ainsi que les ports et les rives des fleuves en tant qu'ils sont nécessaires et servent à la navigation [6], les grandes

[1] Fr. 23, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Rei appellatione et causæ et iura continentur ». Cf. Fr. 52, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1.

[2] Gaius, II, 13 (Fr. 1, § 1, D., *de divisione rerum et qualitate* 1, 8). *Corporales* (res) hæ sunt, quæ tangi possunt, veluti fundus, *homo*, vestis... » — § 22, I., *de legatis* 2, 20. « Si generaliter servus, vel *alia res* legetur... » — Gaius va plus loin encore au Fr. 9, D., *de usurp.* 41, 3. « Usucapionem recipiunt maxime *res corporales*, exceptis rebus sacris... item *liberis hominibus.* »

[3] En parlant de ces choses, les Romains disent *res cuius commercium non est*, § 4, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 6, pr. D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 39, § 10, D., *de legatis I* (30). Cf. Fr. 34, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. « ... Quas (res) vero natura vel gentium ius vel mores civitatis *commercio exuerunt.* » — La division que nous donnons est indiquée dans Gaius, II, 2, et Pr. I., *de rer. div.* 2, 1. « (Res), quæ vel in patrimonio nostro sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. »

[4] § 1, I., *de rer. div.* 2, 1. « Et quidem naturali iure *communia* sunt *omnium* hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare. — Fr. 2. 3. 4, pr. 5, § 1, D., *de div. rer.* 1, 8. *Voy.* cependant ci-après, notes 16. 17. — Sur la signification du mot *litus*, cf. § 3, I., *de rer. divis.* 1, 2. — Fr. 96, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16, comparé avec Fr. 112, D., *eodem*, et Cic., *topica*, 7 in f. — Le long de leur territoire, les Romains considéraient les rivages de la mer comme appartenant à la république. « Litora, in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani sunt. » Fr. 3, pr. D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8.

[5] Nous disons : *destinées à l'usage*. *Voy.* ci-après, notes 16 et suivantes.

[6] § 2, I., *de rer. div.* 2, 1. « Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. » — § 4, I., *eodem*. « Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas applicare, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. » — Fr. 4. 5, D., *de divis. rerum.* 1, 8. — *Voy.*, en général, le Tit. D., *de fluminibus, ne quid in flumine ripave eius fiat, quo peius navigetur* 43, 12, et surtout les Fr. 1, pr. § 1-5, D., *eodem.* « 3. Fluminum quædam publica sunt, quædam non; *publicum* flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. § 5. Ripa autem ita recte definitur : id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. » — Fr. 2. 3, D., *eodem.* — Tit. D., *ut in flumine publico navigare liceat* 43, 14. — Mais *voy.* aussi Fr. 5, pr. D., *de divis. rerum* 1, 8. — Fr. 24, pr. D., *de damno infecto* 39, 2, et ci-après, note 17.

routes [7] et, en général, tout lieu appartenant à l'État et destiné à l'usage de tous [8];

3° Les choses destinées à l'usage des membres d'une commune [9], les théâtres, les arènes, etc., *universitatis res*, *res civitatum* [10];

4° Enfin une catégorie de choses qu'on appelle *res divini iuris*, en opposition à toutes les autres choses (dans le commerce ou hors du commerce) qui, à ce point de vue, sont qualifiées de *res humani iuris* [11]. Les Romains subdivisent les *res divini iuris* en *res sacræ*, choses solennellement consacrées aux dieux par les pontifes, ou plus tard, en général, les choses consacrées au culte divin [12]; *res religiosæ*, les lieux rendus sacrés par l'enterrement d'un mort [13], même d'un esclave [14]; *res sanctæ*, certaines choses considérées comme inviolables, par exemple, les murs et les portes des villes [15].

Ce qui fait qu'un objet est placé hors du commerce n'est point une qualité absolue, inhérente à l'objet, mais quelque chose de relatif, savoir

[7] Fr. 2, § 21. 22. 23, D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat*. 43, 8. « § 22. Viarum quædam *publicæ* sunt, quædam privatæ, quædam vicinales. *Publicas* vias dicimus, quas Græci βασιλικάς, nostri prætorias, alii consulares vias appellant. *Privatæ* sunt, quas agrarias quidem dicunt. *Vicinales* sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt : quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. » – Fr. 3, pr. D., *de locis et itineribus publicis* 43, 7.

[8] Tit. D., *de locis et itineribus publicis* 43, 7. – Fr. 2, D., *ne quid in loco publico vel itinere fiat* 43, 8. – Tit. D., *de loco publico fruendo* 43, 9.

[9] Même observation que ci-dessus, note 3. Cf. ci-après, notes 16 et suivantes.

[10] § 6, I., *de rer. div.* 2, 1. « *Universitatis* sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia et si qua alia sunt communia civitatum. – Fr. 6, § 1, D., *de div. rer.* 1, 8. — Abusivement ces choses sont aussi appelées *publiques,* comme appartenant à une corporation publique. Fr. 15. 16. 17, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16.

[11] Gaius, II, 2. – Fr. 1, pr. D., *de divisione rerum* 1, 8.

[12] Gaius, II, 4. « *Sacræ* sunt, quæ *Diis superis* consecratæ sunt... 5. Sed sacrum.... auctoritate populi, lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. »–§ 8, I., *de rer. div.* 2, 1. « Sacra sunt, quæ rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti ædes sacræ, et dona, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt. » – Fr. 6, § 3, D., *de div. rer.* 1, 8. « Sacræ autem res sunt hæc quæ *publice* consecratæ sunt, non private. Si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, *sacrum* non est, sed *profanum.* »

[13] Gaius, II, 4. « ... *Religiosæ*, quæ *Diis Manibus* relictæ sunt. » – § 9, I., *de rer. div.* 2, 1. « *Religiosum* locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum... » – Fr. 6, § 4, D., *de divis. rerum* 1, 8. — Quand les diverses parties du corps sont enterrées dans des endroits différents, *ille locus religiosus est, ubi quod est principale conditum est, id est,* CAPUT, *cuius imago sit, unde cognoscimur.* » — *Voy.*, en général, sur cette matière : Gaius, II, 6. 7. – Titt. D., *de religiosis,* 11, 7; C., *eodem*, 3, 44, et ci-après, § 123, I.

[14] Fr. 2, pr. D., *de religiosis* 11, 7. « Locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse Aristo ait ». Cf. ci-après, t. III, § 334, note 3 *in fine.*

[15] § 10, I., *de rer. div.* 2, 1 (Gaius, II, 8). « *Sanctæ* quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini iuris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. » – Fr. 8. 9. 11, D., *de div. rer.* 1, 8. – Fr. 2, D., *ne quid in loco sacro fiat* 43, 6. « In muris, itemque portis, et *aliis sanctis locis* aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non per-

l'usage auquel l'objet est actuellement destiné. Ainsi, la mer est une chose commune à tous; mais le seau d'eau que j'en tire devient ma propriété, et même à l'égard de l'air, le droit romain admet une espèce de propriété, du moins pour la colonne d'air qui se trouve au-dessus de mon fonds [16]. Par la même raison, quoique les bords de la mer soient chose commune, un particulier peut y établir sa demeure et son industrie [17]. Cette considération est surtout d'une grande importance pour les choses appelées *res publicæ* et *universitatis,* qui sont susceptibles de la propriété privée dès qu'elles cessent d'être destinées à un usage public [18]. L'exemple le plus frappant d'un pareil changement nous est fourni par le domaine public romain, qui finit par devenir propriété privée, soit par des ventes et des assignations, soit même par usurpation des particuliers [19]. A l'égard des *res divini iuris,* nous trouvons également dans nos sources que les *res sacræ* peuvent, dans certains cas, rentrer dans le commerce [20]; qu'un endroit n'est plus *religieux* quand le corps enterré en est

mittitur. » Cf. Festus, v. *Rituales.* — Au reste, la terminologie romaine en fait de *res divini iuris* n'est pas bien constante. *Voy.* Festus, v. *Religiosus.* – Macrobe, *Saturn.*, III, 3. – *Epitome Gaii,* II, 1, 1. – Isidore, *Orig.*, XV, 4.

[16] Fr. 22, § 4, D., *quod vi aut clam.* 43, 24. « Si quis proiectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit, etiam si ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulcro vi aut clam factum sit, quia sepulcri sit non solum is locus, qui recipiat inhumationem, sed omne etiam supra id cœlum. »— Fr. 1, pr. Fr. 2 in f. D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2.–Fr. 8, § 5. Fr. 14, § 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. – Fr. 29, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2.

[17] *Voy.* les §§ 1. 5, I., *de rer. div.* 2, 1.–Fr. 4, pr. D., *de div. rer.* 1, 8.–Fr. 5, § 1, D., *eodem.* « In mare piscantibus liberum est, casam in litore ponere, qua se recipiant. » – Fr. 10, D., *eodem.* « Aristo ait : Sicut id, quod in mare ædificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum. » – Fr. 5, pr. D., *eodem* (§ 4, I., *de rerum div.* 2, 1). « Riparum *usus publicus* est iuris gentium, sicut ipsius fluminis... Sed proprietas earum illorum est quorum prædiis adhærent; qua de causa arbores quoque in hisdem natæ eorumdem sunt. » – Fr. 24, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. « Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare et destruere, cum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat... » – Fr. 3, § 1. Fr. 4, D., *ne quid in loco publ.* 43, 8. – Fr. 1, § 17, D., *de flumin.* 43, 12. – Cf. Fr. 50, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. « Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum Prætoris adhibendum est, ut id facere liceat », ainsi que Fr. 65, § 4, D., *eodem,* et ci-après, § 101, note 3 *in fine.* — Sur la question de savoir comment la propriété ainsi acquise se conserve et se perd, *voy.* Fr. 6, pr. Fr. 10, D., *de divis. rerum* 1, 8. – Fr. 14. 30, § 4, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1.

[18] Aussi toutes les choses appartenant à une corporation politique ne sont-elles point hors du commerce : ce n'est que l'usage public auquel elles sont destinées qui les rend impropres à devenir l'objet de la propriété privée. Fr. 6, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. « Sed Celsus filius ait... te emere non posse... quorum commercium non sit, ut publica quæ non in pecunia populi (*voy.* ci-après, § 28, note 14), sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius. » – Fr. 72, § 1, D., *eodem.* « ... Lege venditionis illa facta.... si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit... »

[19] *Voy.* ci-dessus, nos 82-88.

[20] § 8, I., *de rer. divis.* 2, 1. « ... Quæ (sacra) etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis captivorum. » Fr. 83, § 5, D., *de verborum obligat.* 45, 1. – L. 21, C., *de SS. Eccles.* 1, 2. – *Nov.* 7, c. 8. – *Nov.* 120, c. 10. — *Voy.* cepen-

enlevé [21], et il paraît évident qu'une chose doit cesser d'être *sancta* quand elle ne se trouve plus dans les conditions qui lui donnaient cette qualité.

Observation. Les choses mentionnées sous les nos 1 et 4 sont appelées *res nullius*, comme n'appartenant et ne pouvant appartenir à personne. Telle est en effet la nature des *communia omnium* et des *res divini iuris*, tandis que les *res publicæ* et les *res universitatis*, quoique soustraites au commerce, sont censées appartenir à l'État et aux communes, considérés comme corps politiques [22]. Mais on se sert également du mot *res nullius* pour désigner les choses qui, sans être hors du commerce, n'ont point de maître pour le moment, soit qu'elles n'en aient jamais eu, soit que l'ancien maître les ait abandonnées, *res derelictæ*. Ces *res nullius* peuvent être acquises; elles deviennent la propriété de celui qui s'en empare le premier [23].

DIVISION DES CHOSES †.

§ 26. *Choses corporelles. — Choses incorporelles* ††.

A proprement parler, toute chose est corporelle, tombe sous les sens extérieurs; mais l'idée du mot chose étant plus étendue dans le langage du droit, les Romains ont appelé choses incorporelles tous les objets de droit qui ne sont pas matériels, ou, comme dit Justinien : Corporales *hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt*, incorporales *autem sunt quæ tangi non possunt* [1]. D'après cette définition, aucun droit ne peut certes être rangé parmi les choses corporelles [2], mais on confond aisément le droit

dant Fr. 6, § 3, D., *de divis. rer.* 1, 8. « ... Semel autem æde sacra facta, etiam diruto ædificio, locus sacer manet, » et § 8 in f. I., *cité*.

[21] Fr. 44, § 1, D., *de religiosis* 11, 7. « Cum autem impetratur, ut reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse. » — L. 1. 14, C., *eodem* 3, 44.

[22] § 7, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 1, pr. Fr. 6, § 2, D., *de div. rer.* 1, 8. — Fr. 9, D., *de usurpat.* 41, 3. « Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis *populi romani et civitatum*, item liberis hominibus. » Fr. 15, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quæ populi romani sunt. » — Fr. 16, D , *eodem* « ... Nam *publica* appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit; civitates enim *privatorum* loco habentur. »

[23] *Voy.* ci-après, § 98 et § 125, I.

† Dans cette Introduction, qui ne contient que des notions générales, nous ne pouvons expliquer que les divisions qui ont un intérêt général, sauf à indiquer les autres quand nous traiterons des matières auxquelles elles se rapportent. Ainsi nous parlerons de la grande division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* au titre *de la propriété*, parce que cette division n'a d'importance que par rapport à l'acquisition de ce droit.

†† Tit. I., *de rebus corporalibus et incorporalibus* 2, 2.

[1] Gaius, II, 12. 13. 28. — § 1. 2. 3, I., *h. t.* — Fr. 1, § 1, D., *de divisione rerum* 1, 8. — Cf. Cic., *topica*, 5. « ... Duo genera rerum, unum earum rerum quæ *sunt*, alterum earum quæ *intelliguntur*. Esse ea dico, quæ cerni tangive possunt *rel.* »

[2] Pourtant on qualifie souvent le droit de propriété de chose corporelle. *Voy.* ci-après,

avec ce qui en fait l'objet, par la raison toute naturelle que ce dernier n'a d'importance sous le point de vue juridique qu'en tant qu'un droit s'y rattache. Or, parmi les droits, il en est un qui ne s'applique qu'aux choses corporelles, *quæ tangi possunt* : c'est le droit de propriété, qui se confond d'autant plus facilement avec la chose qui en est l'objet qu'il l'embrasse tout entière. Aussi, depuis les temps les plus reculés, pour indiquer qu'on avait le droit de propriété sur une chose, on disait : *hæc res* MEA *est*[3]. De là vient qu'on oppose souvent le droit de propriété comme chose corporelle aux autres droits, choses incorporelles[4]. Au reste, cette distinction n'a aucune importance réelle ; seulement l'emploi de ces termes permet quelquefois d'éviter des circonlocutions quand il s'agit de distinguer le droit de propriété de tout autre droit quelconque. Sous ce point de vue, le mot *res incorporalis* peut donc comprendre les droits personnels, les droits d'obligation et tous les droits réels, à l'exception du droit de propriété, de plus le droit d'hérédité[5].

§ 27. *Meubles. — Immeubles.*

Par immeuble, *res soli*, on entend toute partie du sol ; mais on considère également comme immeuble, comme faisant partie du sol : 1° tout ce qui se trouve naturellement, c'est-à-dire sans le fait de l'homme, au-dessous du sol, par exemple, les couches de terre ou de minerai qui se trouvent sous un terrain, les houilles, les métaux, etc.[1] ; 2° tout ce qui est uni ou incorporé au sol, soit d'une manière organique, par exemple, les arbres, les plantes[2], soit d'une manière artificielle, par exemple, les

note 4. Mais il est évident que ce que Justinien dit du droit d'hérédité, pour lui attribuer la qualité de chose incorporelle, s'applique aussi bien au droit de propriété. § 2, I., *h. t.* « Incorporales autem sunt quæ tangi non possunt. Qualia sunt ea, quæ *in iure consistunt* : sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ. » Le raisonnement qui suit : « Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur : ... nam ipsum *ius* hereditatis... incorporale est, » s'applique aussi bien au *ius dominii* qu'au *ius hereditatis*. — *Voy.* encore Cic , *topica*, 5, *verb.* « Definitionum autem duo sunt genera *rel.* »

[3] *Voy.* ci-après, §§ 76. 95.

[4] *Vaticana fragm.* 92. « ... Sicut *corpora* vindicanti, ita et *ius*, satisdari oportet. » — Fr. 8, pr. D., *quib. mod. pign. solv.* 20, 6. « Sicut *re corporali* extincta, ita et *usufructu* extincto, pignus hypothecave perit. » — Fr. 3, pr. D., *de bonor. poss.* 37, 1. « Bona... sive in *corporibus* sunt, sive in *actionibus*. » — Fr. 13, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2. « Sive *corporis dominus*, sive is qui *ius habet*, utputa servitutem... »

[5] Ulpien, XIX, 11, énumère même parmi les *res incorporales* la tutelle des ascendants, *tutela legitima*.

[1] Fr. 13, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 24, § 12, D., *de damno infecto* 39, 2. Cf. Fr. 26, D., *eodem*; Fr. 1, § 12, D., *de aquæ pluviæ arc. actione* 39, 3, et ci-après, note 4. — Nous avons vu, § 25, note 16, que l'air qui se trouve au-dessus de notre sol est censé nous appartenir avec le sol.

[2] Fr. 44, D., *de rei vindicatione* 6, 1. « Fructus pendentes pars fundi videntur. » — Fr. 40, D., *emti* 19, 1.

maisons et autres constructions, ainsi que tout ce qui est fixé à perpétuelle demeure, *vincta fixaque* [3].

Au reste, tous les objets compris dans ces trois catégories cessent d'être choses immobilières dès le moment que la cause qui leur conférait cette qualité vient à cesser. Ainsi les pierres, les métaux, les arbres séparés du fonds sont choses mobilières; les constructions élevées sur un fonds cessent d'être considérées comme immobilières dès qu'elles n'y sont plus adhérentes. Les Romains appellent alors ces objets *ruta et cæsa*, *ruta cæsa* [4].

Tout ce qui n'est pas immeuble est chose mobilière. Parmi les choses mobilières, on distingue encore, sans nécessité, les *res mobiles* et les *res moventes* ou *sese moventes* [5].

Observation 1. La division en meubles et immeubles ne s'applique, en droit romain, qu'aux objets matériels [6]. Les modernes l'ont étendue aux droits, en qualifiant de choses immobilières les droits réels qui se rapportent à des immeubles, et en considérant comme choses mobilières les droits réels qui s'attachent à des meubles, ainsi que tous les autres droits quelconques [7].

Observation 2. Il n'est pas inutile de faire connaître la signification habituelle des termes que les Romains emploient pour désigner les différentes parties du sol, ainsi que les accessoires du sol [8]. *Fundus* ou *prædium* signifie, en général, tout bien-fonds; mais anciennement on

[3] Fr. 211, D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Fundi* appellatione omne ædificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana ædificia *ædes*, rustica *villæ* dicuntur. » — Fr. 13, § 31. Fr. 14. 15. 17. 38, § 2, D., *emti* 19, 1.

[4] Fr. 241, D., *de verb. signif.* 50, 16. « In *rutis cæsis* ea sunt, quæ terra non tenentur, quæque opere structili tectoriove non tenentur. » — Fr. 17, § 6, D., *emti* 19, 1. « Si *ruta et cæsa* excipiantur in venditione, ea placuit esse *ruta*, quæ eruta sunt, ut arena, creta et similia; *cæsa* ea esse, ut arbores cæsas et carbones et his similia. »

[5] *Vaticana fragm.* 293. — Fr. 1, pr. D., *de Ædil. edicto* 21, 1. — L. 2, pr. L. 3, C., *de quadriennii præscript.* 7, 37. — Souvent aussi les mots *res moventes, moventia* sont employés comme synonymes de *res mobiles*. Fr. 2, D., *de supellectile legata* 33, 10. — Fr. 15, § 2, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 93, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[6] Fr. 15, § 2, D., *de re iudicata* 42, 1. « In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem *res mobiles*... pignori capi iubent, mox distrahi; ... si non suffecerit, etiam *soli* pignora capi iubent et distrahi; ... quod si nec quæ soli sunt sufficiant vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad *iura.* » — L. 1, § 7, C., *de rei uxor. act.* 5, 13. « ... In rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus : ceteris videlicet rebus, quæ solo continentur... » — L. 2, pr. 3, C., *de quadriennii præscr.* 7, 37. — *Voy.* cependant la note suivante.

[7] Il y a quelques passages de nos sources qui trahissent une tendance analogue, particulièrement en ce qui concerne les droits appelés *servitutes*. L. 2. 13, C., *de servitutibus* 3, 34. — L. 1, C., *de usucapione transformanda* 7, 31.

[8] Nous saisissons cette occasion pour faire observer de nouveau que les termes dont se servent les jurisconsultes romains n'ont pas toujours la signification absolue et exclusive que nous avons l'habitude de leur donner quand nous les employons comme termes techniques. Très-souvent, même habituellement, le sens d'un mot est déterminé par le terme auquel on l'oppose. Nous en avons déjà vu des exemples aux §§ 14 et 16, observation.

n'entendait par là que le sol même, sans bâtiments [9]. *Ager* est un immeuble destiné à la culture [10]. Le mot *ædes* comprend ordinairement les bâtiments avec le terrain sur lequel ils sont élevés; mais quelquefois il désigne les bâtiments, abstraction faite du terrain; cependant dans ce sens le mot *ædificium* est plus usité. Le terrain seul, sans les bâtiments, s'appelle *solum* [11]. Par *prædium rusticum*, on entend ordinairement un immeuble destiné à la culture, et par *prædium urbanum*, un fonds couvert de bâtiments, peu importe que les fonds soient situés en ville ou à la campagne. Dans une autre application, on entend par *prædia rustica* et *suburbana* tous les immeubles produisant des fruits [12]. — Nous aurons plus tard l'occasion de parler de deux autres termes qui se rapportent à cet ordre d'idées : *possessiones* et *superficies* [13].

§ 28. *Choses fongibles. — Choses non fongibles.*

Il y a des choses qui sont d'un genre si homogène que tout individu de l'espèce équivaut à tout autre individu de la même espèce. Ainsi un franc est par tout le monde considéré comme l'équivalent de toute autre pièce d'un franc; un hectolitre de froment d'une certaine qualité est l'équivalent d'un autre hectolitre de froment de la même qualité.

Par contre, d'autres choses ont une valeur déterminée par leur individualité. Un cheval n'est point équivalent de tout autre cheval; une maison peut avoir une valeur beaucoup plus grande qu'une autre.

Pour les choses dont nous avons parlé en premier lieu, il est, en général, indifférent qu'on en ait tels ou tels individus, pourvu qu'ils appartiennent à la même espèce. C'est pour cela que les commentateurs leur ont donné le nom de *res fungibiles* *, choses dont l'une peut représenter l'autre [1]. Les Romains disent *res quæ pondere, numero, mensura*

[9] Cicéron, *topica*, 4. « Quoniam usus auctoritas *fundi* biennium est, sit etiam *ædium*. At in lege *ædes* non appellantur, et sunt *ceterarum rerum*, quarum annuus est usus. » — Gaius, II, 41.— Fr. 60. 211, D., *de verb. signif.* 50, 16, et ci-après, note 11.

[10] Fr. 27, pr. Fr. 115, D., *de verborum significationibus* 50, 16.

[11] Fr. 211, D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Fundi* appellatione omne ædificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana ædificia *ædes*, rustica *villæ* dicuntur. Locus vero sine ædificio in urbe *area*, rure autem *ager* appellatur. Itemque ager cum ædificio fundus dicitur. » — *Voy.* aussi les Fr. 115, D., *eodem.* — Fr. 21, D., *de pignor. act.* 13, 7. « Domo pignori data et *area* eius tenebitur; est enim pars eius : et contra, ius *soli* sequitur ædificium. » — Cependant souvent *solum* est synonyme de *fundus* en général. Fr. 17, § 2, D., *de re indicata,* 42, 1 et Fr. 1, § 3, D., *unde vi* 43, 16.

[12] *Voy.* ci-après, §§ 132 sqq., § 158, note 6, et t. III, § 347.

[13] *Voy.* ci-après, § 80, note 1, et § 152.

[1] C'est un passage de Paul qui a donné naissance au mot *fungibilis* *. Fr. 2, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Mutui datio consistit in his rebus, *quæ pondere, numero, mensura constant,* quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia *in genere suo functionem recipiunt.* »

constant [2]. La deuxième catégorie a reçu le nom de *res non fungibiles* *.

Au reste, ces idées sont relatives; il se peut qu'un objet soit, dans un cas donné, chose non fongible, tandis qu'il serait chose fongible dans tout autre cas, par exemple : un livre dont l'auteur m'aurait fait hommage, une médaille, etc. [3].

On a appliqué notre division aux travaux de l'homme considérés comme objets d'un droit d'obligation. En effet, il en est qui ont une valeur toute particulière par l'individualité de l'homme qui les exécute, par exemple, le travail d'un peintre, d'un sculpteur. On les considère comme choses non fongibles, tandis qu'on appelle fongibles ceux dont la valeur ne dépend point de l'individualité de l'exécutant, par exemple, le travail du journalier [4].

Observation 1. La plus importante et la plus intéressante parmi les choses fongibles est la monnaie, *pecunia*. Dans l'origine, les métaux employés comme moyen d'échange se pesaient [5], usage dont la trace se trouve encore bien tard dans la dénomination des monnaies [6] et dans diverses formalités et locutions juridiques [7]. On nous rapporte que Servius Tullius fit, le premier, fondre des lingots d'airain pesant une livre, *as*, et portant une empreinte [8], ce qui n'empêcha point d'en con-

[2] Gaius, III, 90. — Fr. 2, pr. § 1. 3, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 30, pr. D., *de legatis I* (30). — Fr. 1, § 7, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 29, D., *de solutionibus* 46, 3.

[3] *Voy.* d'autres applications : Fr. 4, D., *commodati* 13, 6. « Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. » — Fr. 24, D., *depositi* 16, 3, et ci-après, t. II, § 239 *in fine*. — Dans les premiers temps de Rome, les bestiaux ou tout au moins certaines espèces de bestiaux étaient aussi considérées comme choses fongibles. Nous avons vu, en effet, ci-dessus, n° 18, que des lois du troisième et du quatrième siècle fixent à deux moutons et à cinq ou trente bœufs le maximum des amendes à infliger par les magistrats.

[4] Fr. 26, § 12 in f., D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 3, § 1. Fr. 6. 8. 9. 15, § 1, D., *de operis libertorum* 78, 1. — Fr. 54, § 1, D., *de verb. obligat.* 45, 1. Cf. ci-après, t. II, § 191, note 11.

[5] Tant que subsista le rapport d'égalité entre le poids et la valeur nominale de la monnaie, la livre, AS, était aussi l'unité monétaire; les fractions de l'*as* servaient à désigner la monnaie divisionnaire : *semis, triens, quadrans, sextans, uncia;* les multiples étaient appelés *dupondius, tripondius, denarius* (2, 3, 10 *as*). *Voy.* ci-après, t. II, § 181. Même plus tard et alors que la monnaie d'argent l'eut emporté dans l'usage, les noms *denarius* et *sestertius* sont des multiples de l'As : *denarius* = 10 as et *sestertius* (H. S.) de IIS, c'est-à-dire, II et semis = 2 1/2 as.

[6] C'est au moyen de la balance et de l'airain, per æs et libram, que se font, pendant dix siècles, les transactions sociales les plus importantes : la *mancipatio*, le *nexum*, les testaments, etc. *Voy.* ci-après, §§ 33. 97; t. II, §§ 245. 295; t. III, § 365, n° 3. Les termes expendere, expensum, expensilatio sont toujours restés en usage pour désigner l'opération par laquelle nous faisons sortir l'argent hors de notre caisse. *Voy.* Pline, *H. N.*, XXXIII, 3, 13, et ci-après, t. II, §§ 247. 295.

[7] Pline, *H. N.*, XVIII, 3, 12. « Servius rex ovium boumque effigie primus æs signavit. » XXXIII, 3 (13). « Signatum est nota pecudum, unde et pecunia appellata. (Cf. ci-après, note 15.) — Varron, *de re rust.*, II, 1. « Et quod æs antiquissimum, quod est *flatum*, pecore est notatum. » — Plutarque, *Publicola*, 11.

[8] Gaius, I, 122 « ... Olim æreis tantum numis utebantur, et erant asses, dupondii, semisses

stater le poids au moyen de la balance. Peu de temps après l'expulsion des rois, on commença à frapper, à l'instar des colonies grecques, des pièces de monnaie, marquées au coin de la république et dont la valeur se déterminait, non plus par le poids, mais par le nombre, *non pondere sed numero* [8]. Pendant un certain temps, ces deux espèces de monnaie existaient l'une à côté de l'autre [9]; mais insensiblement les lingots disparurent et il ne resta que la *pecunia numerata* [10], *signata forma publica populi romani* [11]. L'argent monnayé, comme nous l'avons dit en commençant, constitue l'espèce la plus intéressante et la plus importante des choses fongibles ; aussi, tout en étant régie par les principes généraux de la matière, est-elle soumise à certaines règles spéciales que nous ferons connaître quand l'occasion s'en présentera, tout en signalant ici les institutions dans lesquelles ces particularités se rencontrent [12]—Ajoutons que

et quadrantes..., eorumque numorum vis et potestas non in NUMERO erat, sed in pondere numorum. » De là, pour désigner la monnaie nouvelle, le mot *pecunia numerata*. *Voy.* ci-après, note 10.

[9] TITE-LIVE, IV, 60, nous montre l'usage simultané du pesage et de la *numeratio*.

[10] CIC., *pro Flacco*, 32. — Fr. 1, D., *de condict. triticaria* 13, 3. — Fr. 17, § 3, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. — Fr. 95, D., *de legatis III* (32). — Fr. 178, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16.

[11] LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 21. 22. « PECUNIA CERTA... SIGNATA FORMA PUBLICA POPULI ROMANI. » La monnaie étrangère était reçue, mais sans cours forcé et sans valeur fixe, *loco mercis habebatur*. PLINE, *H. N.*, XXXIII, 3, 13. — VOL. MÆCIANUS, *de assis distributione*, 45. — Le métal dont on se servit d'abord pour frapper monnaie fut le bronze. L'*as* monétaire était, dans l'origine, égal au poids désigné par le même nom, *as* ou *libra;* de là *librale pondus, grave æs.* Mais la valeur intrinsèque de la monnaie ne tarda pas à diminuer. Vers la fin de la première guerre punique, l'*as* monétaire n'avait plus que le sixième de sa valeur nominale, *sextans* = deux onces; plus tard, il descendit à une once et même à une demi-once. PLINE, *H. N.*, XXXIII, 3, 13. — FESTUS, vv. *Grave æs. Sextantarii.* — A partir de 485, on frappa régulièrement de la monnaie d'argent : *denarius, quinarius, sestertius* = 10, 5, 2 ½ *as.* (Cf. ci-dessus, note 5 *in fine.*) Une somme de mille sesterces était appelée SESTERTIUM, abréviation de SESTERTIORUM, *scil.*, MILLE, et exprimée par une ligne horizontale placée au-dessus du chiffre, ce qui s'appelle *notare.* La somme de 100 *sestertia*, faisant 100,000 *sestertii* est indiquée par le signe |‾|, encadrant le chiffre. Cela s'appelle *perscribere.* Le million se marque par le sigle MIL ou M, c'est-à-dire 1,000 *sestertia*, placé après le chiffre Ainsi H-S.-$\overline{\text{D}}$, *summa notata*, veut dire 500,000 sesterces; H-S. |$\overline{\text{D}}$|, *summa perscripta*, 50,000,000 de sesterces. SUÉTONE, *Galba*, 5. La somme de 6,560,610 s'écrit |$\overline{\text{LX}}$| $\overline{\text{DLX}}$DCX ou bien VI M. $\overline{\text{DLX}}$ DCX. — La monnaie d'or, dont l'origine remonte à 536, devint, depuis Jules César, la monnaie usuelle de l'empire. Jusqu'à Néron, l'écu d'or, *aureus*, formait la quarantième partie de la livre. Néron, Caracalla, Dioclétien en réduisirent successivement la valeur; enfin depuis Constantin, on taille dans la livre d'or 72 *aurei* ou *solidi*, dont chacun vaut 24 *siliquæ*, monnaie d'argent. L. 1, Th. C., *de oblatione votorum* 7, 24. — L. 13, Th. C., *de susceptoribus* 12, 6 (L. 5, I. C., *eodem* 10, 70). — ISIDORE, *Orig.*, XVI, 24 et *passim.* L'*aureus* ou *solidus* pese dès lors 455 grammes et équivaut par suite à quinze francs de notre monnaie. Au commencement de l'empire il valait 818 grammes, soit environ vingt-sept francs, ce qui donne pour cette époque au *sestertius*, qui est le centième de l'*aureus*, une valeur de 27 centimes de notre monnaie.

[12] A). *Pecunia certa* dans les *condictiones* et dans le constitut. T. I, § 150, n° 3; t. II, §§ 194 sq., 231. — B). Consommation de l'argent par le simple mélange. T. I, § 104, OBS. — C). Taux des dommages et intérêts dus pour inexécution d'une dette d'argent. T. II, § 176. — D). Prêt à intérêt et promesse d'intérêts dans les prêts d'argent. T. II, §§ 181 sqq.; § 234, note 6, et § 232, note 2. — E). Le prix dans la vente doit consister en argent monnayé. T. II, § 208, II. — F). Prêt d'argent fait au fils de famille, *Sc. Macedonianum.* T. II, § 234, OBS. — G). Dépôt (irrégulier) d'une

le mot *pecunia*, tout en étant le terme technique pour désigner la monnaie, comprend cependant, dans un sens plus large, toutes valeurs quelconques [13] et même, surtout dans le langage ancien, le patrimoine du citoyen (comme *familia*) [14], probablement par la raison que, dans les temps primitifs, les *pecora* et les personnes sous puissance constituaient les éléments les plus importants de la fortune privée [15].

Observation 2. On ne doit pas confondre les choses qui se consomment par l'usage [16] avec les choses fongibles, quoique, à la vérité, la plupart des choses fongibles, et particulièrement l'argent monnayé, se consomment par l'usage [17].

§ 29. *Choses divisibles. — Choses indivisibles* [1].

On appelle divisible toute chose qui peut être divisée en plusieurs parties dont chacune forme un objet homogène et analogue, tant aux autres parties qu'à la chose elle-même [2]. Toute autre chose est indivisible dans le sens à la fois rationnel et légal. Ainsi un fonds de terre peut être divisible, une maison ne l'est pas; une somme d'argent est divisible, une pièce d'argent, indivisible. — La question de savoir si une chose, c'est-à-

somme d'argent. T. II, § 259 *in fine*. — Enfin *passim* dans les stipulations, dans la *litterarum obligatio*, dans l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, dans le cautionnement. T. II, §§ 245 sq. 247. 248. 258. 261 sqq.

[13] Fr. 5, § 9, D., *de rebus eorum qui sub tutela*. 27, 9. — Fr. 5, pr. Fr. 178, pr. Fr. 122, D., *de verborum signif*. 50, 16.

[14] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 305. 359. 365, et Cic., *de invent. rhet.* II, 50. — Pline, *H. N.*, XXI, 3 (5). — Gaius, II, 104. — Fr. 6, pr. D., *de contrah. emtione* 18, 1. « ... Pecunia populi... » ci-dessus, § 25, note 18. — Fr. 77, § 24, D., *de legatis II* (31). — Fr. 53, pr. D., *de verborum signif*. 50, 16.

[15] Varron, *de l. l.*, V, 92. 95 (IV, 17. 19, Gothofr. — p. 27. 28 Bipont.). « 92. Pecunia a pecu... 95. Pecus... a quo pecunia universa, quod in pecore pecunia tum consistebat pastoribus. » — Cic., *de republica*, II, 9. « Quod tum erat res in pecore et locorum possessionibus ». Cf. ci-après, § 91.

[16] *Voy.* ci-après, § 128, et t. II, § 256, n° 3.

[17] Cela est encore vrai à l'égard des choses que les jurisconsultes romains ont l'habitude de prendre pour exemples des choses fongibles : *triticum, vinum, oleum*. (*Voy.* ci-après, t. II, § 194, note 12.) Mais il est facile de trouver beaucoup de choses fongibles qui ne se consomment pas par l'usage. Nous verrons plus tard que, sous le rapport juridique, les choses fongibles n'ont rien de commun avec les choses qui se consomment par l'usage.

[1] Le terme romain pour désigner une chose indivisible est *individuum;* et l'on appelle *indivisum* une chose qui n'est pas divisée, bien qu'elle puisse être susceptible de division. Fr. 6, § 1, D., *quemadm. servit. amittantur* 8, 6. — Fr. 1, § 9. Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Toutefois ces termes sont parfois employés l'un pour l'autre. Fr. 32, § 6, D., *de admin. tutor.* 26, 7, où nous lisons *individua hereditas* au lieu de *indivisa,* et Fr. 26, § 2, D., *de legatis I* (30) : « *Res naturaliter indivisæ* » au lieu de « *res individuæ.* » *Voy.* encore Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2.

[2] Le criterium pratique de la divisibilité est que les diverses parties réunies reconstituent l'ensemble tel qu'il était avant la division.

dire, un objet matériel est, divisible ou indivisible, est, en général, indifférente au point de vue juridique [3]. Mais la distinction s'applique aussi aux droits, et dans cette application elle donne lieu à des problèmes, souvent difficiles à résoudre, comme nous le verrons dans le cours de l'ouvrage. Ici nous nous bornerons à indiquer sommairement les résultats de ces applications.

Il est d'abord évident que les droits personnels (la liberté, le droit de cité, les relations de famille) ne sont susceptibles d'aucune division [4]. — Parmi les droits patrimoniaux, les droits réels sont, en général, divisibles. Particulièrement le droit de propriété est divisible à l'infini, quelle que soit la nature de la chose qui en est l'objet [5]; et il en est de même des droits d'emphytéose et de superficie [6]. Par contre, les droits de servitude sont déclarés indivisibles, bien que les Romains aient cru pouvoir faire une exception en faveur de l'usufruit [7]. On dit aussi habituellement que le droit d'hypothèque est indivisible; mais nous verrons ci-après que cette proposition est loin d'être exacte [8]. — Les droits d'obligations sont divisibles ou indivisibles, suivant que la prestation qui en fait l'objet est, ou non, susceptible d'une exécution partielle, en ce sens que les diverses prestations réunies constituent l'ensemble qui fait l'objet de l'obligation [9]. — Enfin, le droit d'hérédité est, comme le droit de propriété, divisible à tous égards [10].

Observation. A propos de la matière que nous venons d'effleurer, il importe de mentionner une terminologie qui manque, au moins en partie, de correction, mais dont la connaissance est nécessaire pour l'intelligence de plusieurs passages de nos sources. Le droit de propriété d'une chose peut appartenir en commun à plusieurs personnes. En pareille hypothèse, le droit se divise entre les divers copropriétaires, bien que la chose elle-même soit indivise [11]. Pour indiquer ce double rapport, les Romains, qui ont l'habitude de confondre le droit de propriété avec la chose qui en est l'objet, disent que les diverses personnes ont la chose *pro indiviso*,

[3] Nous disons : EN GÉNÉRAL. Il se présente, en effet, des hypothèses dans lesquelles la divisibilité matérielle d'un objet peut influer sur la nature des droits qui se rapportent à cet objet, comme en matière d'hypothèque, dans les obligations de choses fongibles, dans quelques *obligationes faciendi*. *Voy.* ci-après, § 154 *in fine;* t. II, § 191.

[4] Fr. 9 *in fine*. Fr. 30, D., *de liberali causa* 40, 12. Cf. ci-après, t. III, § 333, note 48.

[5] *Voy.* ci-après, § 95, nº 1.

[6] *Voy.* ci-après, § 146; § 147, nº 2 *in fine;* § 152.

[7] *Voy.* ci-après, § 124, nº 3.

[8] *Voy.* ci-après, § 154 *in fine;* § 168, nº 2 *in fine*.

[9] *Voy.* ci-après, t. II, § 191.

[10] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 388. 405.

[11] *Voy.*, sur le droit de copropriété, ci-après, § 95, nº 1. — Nous choisissons ici, comme exemple, un cas de propriété commune; mais la même terminologie peut s'appliquer plus ou moins à tout autre droit commun. Cf. Fr. 25, D., *quibus modis ususfructus amittitur* 7, 4.

qu'il y a *partes indivisæ*, *incertæ*, ou bien encore que *intellectu magis partes habent quam corpore* [12]. Par contre, ils disent qu'il y a *partes divisæ* ou *certæ*, que plusieurs personnes ont la chose *pro diviso*, quand une chose, autrefois commune, se trouve matériellement partagée entre les personnes qui l'avaient en commun, de sorte que désormais chacune d'elles a la propriété exclusive de l'une des parcelles qui, avant le partage, composaient l'ensemble partagé [13]. Ce langage est incorrect : car, dès qu'une chose est matériellement partagée, nous nous trouvons en présence, non plus d'une chose, mais de plusieurs choses distinctes, choses qui, à la vérité, faisaient autrefois partie d'un ensemble, mais auxquelles actuellement le nom de parties ne saurait plus être appliqué. Il est donc inexact d'une part de dire que nous avons *pro diviso* une chose qui n'existe plus, et d'autre part de donner la qualification de parties à des choses qui ont une existence individuelle et séparée [14].

§ 30. *Universitates rerum.*

Un certain nombre de choses peuvent être considérées comme ne formant qu'un tout, un ensemble, par exemple, un troupeau, un magasin, une bibliothèque. A la rigueur, on pourrait dire que le droit n'a pas à s'occuper de cette abstraction [1], que chacune des choses qui forment

[12] Fr. 5, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 25, D., *quibus modis ususfr. amitt.*, 7, 4. — Fr. 36, D., *de servit. præd. urb.* 8. 2. — Fr. 6, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 19, D., *communi dividundo* 10, 3. — Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 64, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 85, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 7, § 4, D., *quibus modis pignus*. 20, 6. — Fr. 66, § 2, D., *de legatis II* (31). « ... Namque plures in uno fundo dominium iuris *intellectu*, non *divisione* corporis obtinent. » — Fr. 29, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 7, pr. D., *de exceptione rei iud.* 44, 2. — Fr. 5, D., *de stipul. servorum* 45, 3. « Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed *pro partibus utique indivisis*, ut *intellectu* magis partes habeant quam *corpore*. » — Fr. 25, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16, ci-après, note 14. — Signalons encore la locution : *certa pars pro indiviso*, qui se trouve au Fr. 26, D., *de adquir. possessione* 41, 2. Cf. ci-après, § 118, *A*.

[13] * Fr. 8, D., *de rei vindicatione* 6, 1. — Fr. 25, D., *quibus modis ususfr. amittitur* 7, 4. — * Fr. 6, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 64, § 3, D., *de evictionibus*, 21, 2. — Cf. Fr. 36, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Dans les passages marqués d'un astérisque, on emploie, comme synonyme de *certæ partes*, la locution *certæ regiones*, qui est parfaitement correcte.

[14] Cela était reconnu par les Romains, mais l'usage finit par l'emporter sur le raisonnement. Fr. 25, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16 « Quintus Mucius ait, partis appellatione rem *pro indiviso* significari, nam quod *pro diviso* nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter *partis* appellatione utrumque significari. » — Fr. 6, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. « ... Si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere : quia non est *pars fundi*, sed *fundus* ». — Fr. 60, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16 « .... et quælibet *portio fundi* poterit *fundus* dici, si iam hoc constituerimus... ». — Cf. Fr. 5, § 16, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9 (combiné avec Fr. 1, § 2 in f. D., *eodem*), où la confusion du langage est poussée aux dernières limites.

[1] Nous ne nous occupons ici que de l'abstraction dont il vient d'être parlé. Il en serait tout autrement de l'hypothèse d'une chose matérielle à la composition de laquelle divers éléments ont concouru ou ont été employés, et que Pomponius appelle συνημμένον, *id est*

l'ensemble est une chose par elle-même, et, comme telle, un objet de droit; que par conséquent une *universitas rerum* se compose réellement de plusieurs choses, dont chacune peut et doit être considérée séparément. C'est en effet ainsi que les Romains comprennent ces *universitates rerum*, surtout quand il s'agit de questions de propriété qui peuvent s'élever à leur égard. Toutefois il est des cas dans lesquels on fait abstraction des individus qui composent l'*universitas* pour ne tenir compte que de l'ensemble. Cela se fait surtout quand la chose est considérée sous le rapport de l'usage qu'on en peut faire [2]. — L'application de cette idée aux droits est d'une grande importance. Le droit romain comprend souvent plusieurs droits sous un même nom pour indiquer qu'ils forment l'objet d'un seul et même rapport juridique. C'est ce qui arrive particulièrement quand on envisage les droits par rapport à l'individu à qui ils compètent. Ainsi l'on dit : la fortune, le patrimoine d'une personne, c'est-à-dire tous les droits qui appartiennent à cette personne, considérés comme un ensemble. Cette idée a été appliquée aux diverses conditions de la vie sociale, notamment aux cas où l'ensemble des droits d'un individu devient l'objet d'une relation juridique entre différentes personnes. Ainsi quand, après la mort d'un homme, il s'agit de savoir à qui ses biens seront transférés, on les regarde comme une *universitas*, appelée succession héréditaire, *hereditas*. De même les biens qu'une femme apporte en mariage, et dont elle peut demander éventuellement la restitution après la dissolution du mariage, sont compris sous la dénomination générale de dot, *dos*. Enfin on appelle *peculium* la totalité des biens qu'un esclave ou un fils de famille peut avoir, abstraction faite de la puissance du père de famille [3].

connexum, dans le Fr. 30, pr. D., *de usurpationibus* 41, 3. « Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque præcedentem interrumpit, quæritur? Tria autem genera sunt corporum : unum, quod continetur uno spiritu et græce ἡνωμένον, id est *unitum*, vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum, quod ex *contingentibus*, hoc est, pluribus inter se *cohærentibus* constat, quod συνημμένον, id est *connexum* vocatur, ut ædificium, navis, armarium; tertium, quod *ex distantibus* constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. Primum genus in usucapione quæstionem non habet, secundum et tertium habent. » Cf. ci-après, § 112, B. C.

[2] Nous avons dû nous borner ici à faire connaître ces deux manières d'envisager les *universitates rerum*, sauf à donner plus tard des détails sur cette matière, dont il est difficile de saisir le principe dominant. Voici, au reste, quelques passages qui contiennent l'application des deux manières de voir : § 18, I., *de legatis* 2, 20. « Si *grex* legatus fuerit, posteaque ad *unam ovem* pervenerit, quod superfuerit vindicari potest... Est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus. » — Fr. 30, § 2, D., *de usurp.*, 41, 3. « ... Non *universi gregis* ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. » — Par contre : Fr. 31, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4 : « Cum gregis ususfructus legatus est, et *usque eo* numerus pervenit gregis, ut *grex non intelligatur*, perit ususfructus. » Fr. 10, § 8, D., *eodem*. « *Quadrigæ* usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus, quæritur. Ego puto, multum interesse, equorum an quadrigæ ususfructus sit legatus : nam si equorum, supererit in residuis; si quadrigæ, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit. » Et surtout Fr. 1, § 3. Fr. 2. 3. pr. D., *de rei vindicatione* 6, 1. Cf. ci-après, § 118, A.

[3] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 309 sqq. 331. 338 sqq.

Les commentateurs désignent ordinairement cette dernière catégorie de biens par le nom d'*universitates iuris**, en opposition aux autres *universitates* qu'ils appellent *facti* ou *hominis**. Nous devons mentionner cette terminologie parce qu'on la met en rapport avec une règle de droit qu'on a l'habitude de formuler dans les termes suivants : * *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei* *. D'après plusieurs auteurs, cette règle s'appliquerait aux *universitates iuris* et non aux *universitates facti*. En d'autres termes, si une chose de l'*universitas iuris* est vendue, le prix de cette chose fera partie de l'*universitas*, et viendra ainsi aux lieu et place de la chose qui en a été distraite; si, au contraire, on achète une chose avec de l'argent de l'*universitas*, cet argent cessera d'en faire partie, mais, par compensation, la chose achetée y entrera. Ces effets, d'après les mêmes auteurs, n'auraient point lieu dans les *universitates facti*. La règle posée en ces termes est entièrement fausse, comme nous le prouverons ci-après par plus d'un exemple. Ici il suffit de faire observer : 1° qu'elle ne souffre point d'application dans deux espèces d'*universitates iuris*, savoir dans le *pécule* et dans la *dot*, et qu'elle ne s'applique à l'hérédité qu'avec des restrictions [4]; 2° qu'il y a des cas où une *universitas facti* est soumise à la règle, par exemple, quand un fonds de commerce est donné en hypothèque [5].

§ 31. *Choses principales. — Choses accessoires.*

On dit chose principale celle dont l'existence et la nature sont déterminées par elle seule. Par contre, on appelle accessoires les choses dont l'existence et la nature sont déterminées par une autre chose dont elles dépendent. Telles sont les portes d'une maison, les voiles d'un navire, les objets mobiliers qui sont unis à un immeuble ou y sont attachés pour le service et l'exploitation de cet immeuble [1]. Pareillement, si des choses mobilières se trouvent dans un rapport analogue à une autre chose mobilière, on les considère comme l'accessoire de cette dernière. Ainsi une

[4] Bien que le brocard soit emprunté à une *oratio Divi Hadriani* à propos de pétition d'hérédité. Fr. 22, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. « quia potest existimari, IN LOCUM HEREDITARIÆ REI VENDITÆ PRETIUM EIUS SUCCESSISSE et quodammodo ipsum hereditarium factum. » Cf. ci-après, t. III, § 409, n° 2.

[5] Fr. 34, pr. D., *de pignoribus* 20, 1, et ci-après, § 155 *in fine*.

[1] Fr. 17, pr. § 2. 5. 7. 11, D., *emti* 19, 1. « § 2. Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta emtoris et legatarii sunt : ligna autem, venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est : ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emtorem sequatur; si vendendi, venditorem : nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo iaceat, an acervus sit. § 7. Labeo generaliter scribit : Ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse; quæ vero ad præsens, non esse ædificii; utputa fistulæ temporis quidem causa positæ non sunt ædium, verumtamen si perpetuo fuerint positæ, ædium sunt. Pali, qui vineæ causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non

pierre peut être l'accessoire d'une bague [2]. Ces notions s'appliquent également aux droits. Ainsi le droit que nous appelons servitude prédiale est une accession du fonds en faveur duquel la servitude est établie, le droit d'hypothèque est accessoire à la créance en faveur de laquelle il a été constitué, et il en est de même des garanties que nous désignons par les noms de cautionnement, clause pénale, arrhes, etc. [3].

Dans un sens plus étendu, le mot *accessio* comprend encore les fruits qu'une chose produit et les impenses qui ont été faites pour une chose. Dans cette acception, le mot *accessio* est synonyme de *causa rei* [4].

Par fruits, *fructus*, on entend les produits naturels d'une chose. Ainsi les arbres, les herbes, le blé sont des fruits de la terre; les pommes sont les fruits des arbres, et par conséquent de la terre; le croît des animaux, la laine, le lait sont le fruit des animaux dont ils proviennent [5]. Tant que les fruits sont encore attachés à la matière qui les a produits, on les appelle *pendentes* ou *stantes*. Dans cet état, ils n'ont point d'existence propre; ils sont l'accessoire de la chose qui les a produits [6]. Dès qu'ils en sont séparés, *fructus separati*, ils perdent la qualité de chose accessoire [7]. Dans le langage du droit, on emploie aussi le mot *fructus* au figuré, en considérant comme fruits ce qu'une chose nous procure, sans qu'il y ait production naturelle. Dans ce sens, le loyer d'une maison, le

sunt, sed qui exemti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt. » – Fr. 18, § 1. Fr. 38, § 2, D., *eodem*. – Fr. 44, D., *de evictionibus* 21, 2. « Omnia autem, quæ coniuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antennæ, velum, *quasi membra* navis esse. » – Fr. 12, § 23. Fr. 20, D., *de instructo vel instrumento legato* 33, 7. – Fr. 242, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[2] Fr. 100, § 3, D., *de legatis III* (32). « Cui corinthia vasa legata essent, et βάσεις quoque eorum vasorum collocandorum causa paratas deberi, Trebatius respondit. Labeo autem id non probat, si eas βάσεις testator numero vasorum habuit. Proculus vero recte ait : Si æneæ quidem sint, non autem corinthiæ, non deberi. » Le principe qu'il faut suivre dans cette matière, dans laquelle, au reste, les difficultés sont plutôt *de fait* que *de droit*, se trouve discuté au Fr. 29, D., *de instructo vel instrum. leg.* 33, 7. « Si navem cum instrumento emisti, præstari tibi debet scapha navis. Paulus : Immo contra; etenim scapha navis non est instrumentum navis; etenim mediocritate, non genere ab ea differt; instrumentum autem cuiusque rei necesse est alterius generis esse, atque ea, quæque sit; quod et Pomponio libro septimo Epistolarum placuit. Cf. Fr. 19, § 13, D., *de auro argento legatis* 34, 2, et Fr. 66, D., *de legatis III* (32). — *Voy.*, au reste, ci-après, §§ 101. 102. 103.

[3] *Voy.* ci-après, §§ 132. 133; t. II, §§ 238. 239. 261 sqq.

[4] Fr. 17, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 2. 3, § 1. Fr. 8. 38, §§ 7. 11, D., *de usuris* 22, 1.

[5] Fr. 121, D., *de verb. signif.* 50, 16. Cf. Fr. 77, D., *eodem*. – Fr. 28, D., *de usuris et fructibus* 22, 1 et *passim*. Cf. ci-après, § 126. — L'esclave étant considéré comme chose, les enfants d'une esclave devraient être considérés comme fruits de l'esclave. Tel est en effet l'esprit de la législation romaine; cependant on fait une exception à cette règle dans la matière spéciale de l'usufruit, en refusant au *partus ancillæ* la qualité de *fructus*. § 37, I., *de rerum divis.* 2, 1. – Fr. 27, pr. D., *de hered. petit.* 5, 3. – Fr. 68, pr. D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 28, § 1, D., *de usuris* 22, 1. Cf. ci-après, § 126.

[6] Fr. 44, D., *de rei vindicatione* 6, 1. « Fructus pendentes pars fundi videntur. » – Fr. 40, D., *emti* 19, 1. – Fr. 26, § 1, D., *de furtis* 47, 2.

[7] Fr. 48, pr. D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1

prix de ferme d'un champ, les intérêts d'un capital sont fruits de la maison, du champ, du capital [8]. On les appelle fruits civils en opposition aux autres, fruits naturels [9].

Par impenses, *impensæ, expensæ, impendia, sumtus* [10], on entend, en général, les frais et dépenses que nous faisons pour une chose. Elles sont regardées comme accession de la chose, si le résultat qu'elles ont produit en fait partie. Sous ce rapport, on les distingue en impenses nécessaires, utiles et voluptuaires. On appelle nécessaires, *necessariæ,* les impenses qui sont indispensables pour la conservation de la chose, *quæ si factæ non sint, res peritura aut deterior futura sit;* utiles, *utiles,* celles qui, sans être nécessaires, augmentent la valeur intrinsèque de la chose, par exemple, des canaux d'irrigation ; enfin voluptuaires, *voluptariæ sive voluptuosæ,* celles qui augmentent moins la valeur réelle que l'agrément que la chose peut donner [11].

TITRE QUATRIÈME.

DES ACTES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 32.

Le fait de l'homme peut être considéré en droit sous deux rapports. D'abord comme objet d'un droit, savoir, lorsque quelqu'un doit faire quelque chose en notre faveur ; nous en traiterons ultérieurement au livre

[8] Fr. 34, D., *de usuris* 22, 1. « Usuræ vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari... » — Fr. 29, D., *de heredit. petit.* 5, 3. « Mercedes plane a colonis acceptæ loco sunt fructuum. Operæ quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones ; item vecturæ navium et iumentorum. » — *Voy.* encore Fr. 62, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 36, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 83, pr. D., *de legatis III* (32).

[9] Il y a encore d'autres divisions des fruits dont il n'est pas nécessaire de parler dans le livre I, qui ne doit contenir que des notions générales, par exemple, en *fructus extantes, consumti, percepti, percipiendi.* D'autres divisions créées par l'école sont inutiles, par exemple, celle en *fruits naturels, industriels* et *mixtes,* etc.

[10] Les Romains se servent de ces termes indistinctement. Ordinairement on réserve le nom d'*impensæ* aux frais qui ont été faits sur la chose même et dont le résultat fait partie de la chose, tandis qu'on appelle *expensæ* les frais faits à l'occasion de la chose sans que la chose elle-même en profite matériellement, par exemple, les frais d'assurance, de transport, de procès. Tit. C., *de fructibus et litium expensis* 7, 51.

[11] Ulpien, VI, 14, en parlant de la dot : « Impensarum species sunt tres : aut enim *necessariæ* dicuntur, aut *utiles,* aut *voluptuosæ.* 15. *Necessariæ* sunt impensæ, quibus non factis dos deterior futura esset, velut si quis ruinosas ædes refecerit. 16. *Utiles* sunt, quibus non factis quidem

troisième. Ensuite nous pouvons le considérer comme source d'un droit. Ainsi quelqu'un me vend et me livre sa maison; le fait de la vente, suivi de celui de la tradition, a pour effet de me donner la propriété de la maison. Ou bien quelqu'un détruit ma chose; de ce fait résulte pour moi le droit de demander la réparation du dommage qui m'a été occasionné. Les faits considérés comme source de droits peuvent être licites ou illicites. Nous ne nous occupons ici que des premiers, auxquels on donne par excellence le nom d'actes.

Nous entendons par acte, acte juridique, *actus legitimus, negotium, negotium iuris*, tout fait de l'homme qui se rattache à l'existence d'un droit et qui peut avoir pour effet soit de créer, soit d'éteindre, soit de conserver ou protéger un droit. En rapportant cette définition à ce que nous avons dit sur la nature des droits en général, nous trouvons que l'élément fondamental de tout acte est la volonté de celui qui agit [1]. Le but vers lequel cette volonté se dirige détermine la nature particulière de l'acte.

Parmi les nombreuses divisions des actes que l'école a créées, il n'y a guère que les deux suivantes qui aient un caractère général [2]. L'acte est appelé unilatéral, quand la volonté d'une seule personne suffit pour le faire, par exemple, un testament; bilatéral, quand il exige le concours de deux personnes, par exemple une convention [3]. On divise aussi les actes en actes entre-vifs, *inter vivos,* et actes à cause de mort, *mortis causa* [4].

deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. 17. *Voluptuosæ* sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est : quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus. » — Fr. 1, pr. D., *de impensis in res dotales factis* 25, 1. — Fr. 1, § 1, D., *eodem.* « *Necessariæ* hæ dicuntur quæ habent in se necessitatem impendendi. » Fr. 5, § 3, *eodem.* « *Utiles* autem impensæ sunt quæ maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit. » Fr. 6, D., *eodem.* Fr. 7, pr. D., *eodem* « *Voluptariæ* autem impensæ sunt quæ maritus ad voluptatem fecit, et quæ speciem exornant. » — Fr. 79, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Impensæ *necessariæ* sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. § 1. *Utiles* impensas esse Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur... § 2. *Voluptariæ* sunt quæ speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent... » — Des exemples se trouvent entre autres dans le Fr. 79, *cité* et Fr. 10. 14, D., *de impensis in res dotales factis* 25, 1.

[1] C'est pourquoi le *fait* d'un insensé n'est pas considéré en droit comme un *acte,* mais comme un événement fortuit. Fr. 61 in f. D., *de administ. et periculo tutorum* 26, 7. « ... Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicuius accidit, quomodo si *casu aliquo, sine facto personæ,* id accidisset. » *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 271.

[2] Une autre division fort importante au point de vue pratique est celle en *actes à titre onéreux* et *actes à titre gratuit.* Mais elle n'a point le caractère général des deux divisions que nous avons indiquées dans le texte; elle ne se rapporte qu'aux actes qui ont pour but l'acquisition d'un droit, ou au moins d'un avantage. Il en sera plus spécialement traité ci-après, t. II, §§ 170. 197. 212 OBS. 253 sqq.; t. III, § 310 *in fine.*

[3] Les conventions elles-mêmes ont, à leur tour, été divisées en conventions *unilatérales* et *bilatérales;* mais c'est là une terminologie équivoque et illogique, sur laquelle nous aurons à revenir ci-après, t. II, § 197.

[4] Les termes se trouvent au Fr. 25, pr. D., *de inofficioso testamento* 5, 2. « Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos.....

Ces derniers ne doivent produire d'effet qu'ensuite de la mort de l'une ou de l'autre des personnes qui les ont faits, tandis que l'efficacité des premiers ne dépend pas de la mort des parties intervenantes [5].

En traitant des actes juridiques, nous aurons à examiner les conditions requises pour leur validité et les effets qu'ils produisent. C'est à ces deux points de vue que se rapporte la terminologie des commentateurs qui ont l'habitude de distinguer dans les actes juridiques les trois parties suivantes [6] : 1° les *essentialia negotii* *, c'est-à-dire les conditions essentielles qui forment la substance de l'acte et sans lesquelles il ne peut exister [7]. La condition générale de tout acte est la volonté de celui qui agit; en outre, il y a des conditions spéciales, qui varient selon le but particulier des diverses espèces. Ainsi, pour qu'il y ait vente, il faut nécessairement une chose, et un prix destiné à servir de payement; 2° les *naturalia negotii* *, c'est-à-dire les conséquences qui découlent de la nature de l'acte et qui, par cette raison, ont lieu de plein droit sans que les parties aient besoin d'en convenir expressément [8]. C'est ainsi que de la nature de la vente résulte pour le vendeur l'obligation de livrer la chose vendue, et pour l'acheteur, l'obligation de payer le prix d'achat. Toutefois ces conséquences naturelles d'un acte peuvent être modifiées par la volonté des parties. 3° Ces modifications, qui sont appelées *accidentalia negotii* *, ont pour but d'ajouter quelque chose aux conséquences naturelles de l'acte ou d'en retrancher quelque chose, ou enfin d'y introduire un changement quelconque. Par exemple, si un contrat de vente est conclu purement et simplement, l'acheteur peut à l'instant exiger la livraison de la chose vendue, de même que le vendeur en peut demander le prix. Mais si les parties veulent différer l'exécution de ces obligations

[5] Les actes à cause de mort sont traités dans le livre V de notre exposé : *Des successions à cause de mort.*

[6] C'est à cause de l'utilité pratique qu'elle peut présenter pour la terminologie, que nous mentionnons cette *analyse* des éléments qui peuvent se trouver dans un acte; mais ce serait une grande erreur que de la considérer comme une *division* des éléments constitutifs de l'acte. Il suffit, en effet, d'un examen rapide pour s'apercevoir qu'il n'y a d'éléments constitutifs que ceux qu'on appelle *essentialia negotii;* quant aux *naturalia et accidentalia,* ce ne sont que les effets que l'acte est destiné à produire, soit de plein droit, soit par suite de conventions particulières des parties.

[7] Pour exprimer cette notion, les Romains se servent du mot *substantia* (Fr. 72, pr. D., *de contrahenda emtione* 18, 1; L. 3, C., *eodem* 4, 38; Fr. 3, pr. D., *de obligat. et act.* 44, 7 et *passim*), mais aussi du mot *natura. Voy.* la note suivante et l'observation que nous plaçons à la fin du présent paragraphe.

[8] Fr. 11, § 1, D., *emti* 19, 1. « ... Sciendum est in hoc iudicio id deduci, quod præstari convenit...; quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur quæ *naturaliter* insunt huius iudicii potestate. » — Dans le langage des jurisconsultes romains, le mot *natura* sert cependant aussi à désigner les éléments que les commentateurs appellent *essentialia.* § 2, I., *de societate* 3, 26; Fr. 3, § 5, D., *de adquirenda possessione* 41, 2 et *passim.* Cf. POMPONIUS, *fragm.* « Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat. »

respectives, ou même la faire dépendre d'un événement quelconque, elles ajouteront au contrat un terme ou une condition, et ces dispositions seront des *accidentalia* du contrat de vente. — En résumé, on appelle *essentialia negotii* les conditions dont la réunion est nécessaire pour l'existence de l'acte; les *naturalia* sont les conséquences qui dérivent de la nature de l'acte et qui ont lieu de plein droit, à moins que les parties n'y dérogent par des dispositions particulières, *accidentalia*.

Observation. A propos du mot *actus legitimus* que nous avons employé, comme synonyme de *negotium*, pour désigner, en général, tout acte destiné à produire des effets légaux, nous devons entrer dans quelques détails sur la signification des mots *agere*, *lege agere*, *legis actiones*, *actus legitimi*. Par *agere* on entend en général agir, faire quelque chose, et naturellement, dans le langage du droit, faire quelque chose qui produit un effet juridique. *Lege agere* est donc agir en droit, agir d'après la loi, particulièrement agir en justice. Aussi le mot *legis actio* désigne-t-il le pouvoir du magistrat de recevoir de pareils actes [9]; et dans la procédure, il est devenu le terme technique donné aux actes qui servent à introduire un procès [10]. Quant au mot *actus legitimi*, qui, au reste, ne se rencontre que deux fois dans nos sources [11], il n'avait certes aucune valeur technique; il signifiait tout simplement un acte conforme au *ius civile* ou produisant des effets juridiques. C'est à tort que plusieurs auteurs des siècles derniers restreignent le terme *actus legitimi* à certains actes solennels qui auraient eu ceci de particulier qu'ils n'auraient pu être faits par des mandataires et qu'on n'y aurait admis ni condition ni terme [12]. Cette

[9] Paul II, 25, 4. « Apud magistratus municipales, si habeant *legis actionem*, emancipari et manumitti potest. » – Fr. 4, D., *de adoptionibus* 1, 7. « Magistratum, apud quem *legis actio* est, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est. – Fr. 3, D., *de officio procons.* 1, 16. – Fr. 1, D., *de off. iuridici* 1, 20. – L. 1, C., *de adopt.* 8, 48.

[10] C'est dans ce sens technique que ce terme se trouve chez Gaius, IV, 11 sqq. (Pomponius) Fr. 2, § 6, D., *de origine iuris* 1, 2, et dans plusieurs autres passages. Mais il n'en est pas moins vrai que les mots *lege agere*, *legis actiones* sont aussi employés dans des cas où ils ne peuvent avoir cette signification exclusive. Ainsi, il est des passages où *lege agere* signifie, en général, *faire un procès*, sans qu'il soit question le moins du monde des formalités de la procédure romaine. Cic., *de oratore*, 10. « *Agerent* enim tecum *lege* primum Pythagoræi omnes atque Democritici. » Bien plus, nous trouvons des passages où il ne s'agit pas même d'*affaires contentieuses*, mais tout simplement d'*actes juridiques du ius civile*; par exemple, d'adoption et d'émancipation. (Vopiscus, *Aurélien*, 14. « ... In adrogando Aureliano... Iube igitur, ut *lege agatur*, sitque Aurelianus heres sacrorum, nominis et bonorum, totiusque iuris. » — *Nov. Justin.* 81, *præf.* « ἡ τῆς emancipationος πρᾶξις πάλαι μὲν ὑπὸ τὰς καλουμένας legis actionας γενομένη (*actus emancipationis qui olim inter legis actiones erat.*) » Or, ni l'adoption, ni l'émancipation ne se faisaient au moyen d'actes de procédure. — *Voy.* au reste, ci-après, § 43.

[11] Savoir : au Fr. 77, D., *de regulis iuris* 50, 17, que nous expliquons dans le texte, et dans la L. 21, C., *de hæreticis* 1, 5, où Justinien refuse le droit de porter témoignage en justice aux manichéens et autres hérétiques, *quibus pro reatus similitudine omnis legitimus actus interdictus est.*

[12] Nous nous bornons à mentionner les points les plus saillants de cette question célèbre. On

opinion est particulièrement fondée sur l'interprétation inexacte d'un fragment de Papinien, Fr. 77, D., *de regulis iuris* 50, 17, conçu en ces termes : « Actus legitimi qui non [13] recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio [14], acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem... » Au lieu de traduire ce passage de la manière la plus naturelle : « Les actes juridiques qui n'admettent point de terme ou de condition, par exemple, l'émancipation (la mancipation), l'acceptilation, etc., sont entièrement invalidés par la stipulation d'une condition ou d'un terme, » on a forgé la traduction suivante : « Les actes légitimes, *c'est-à-dire* les actes qui n'admettent point de terme ou de condition, comme l'émancipation, etc. ; » et à l'aide de cette interprétation, qui n'est ni conforme au texte ni en harmonie avec la législation en général, on a donné au mot *actus legitimus* une signification exclusive que rien ne justifie. — Au reste, nous répétons ici 'observation que nous avons eu l'occasion de faire plus d'une fois, savoir, que bien des termes auxquels les auteurs modernes donnent un sens très-précis et exclusif ne l'avaient point chez les Romains ; d'où il résulte qu'on tombe facilement dans des erreurs en appliquant aux textes de la loi le sens prétenduement technique de l'école. Il peut cependant être permis dans bien des cas de considérer comme sens technique celui que nous trouvons le plus fréquemment employé. Ainsi comme nous n'avons pas hésité à adopter la signification moderne des mots *consanguinei* et *uterini* (§ 15 OBS.), de même nous n'emploierons le terme *legis actiones* que pour désigner les actes qui servent à introduire un procès.

§ 33.

Le but direct des actes juridiques est de créer ou d'éteindre des droits. Toutefois ce but est susceptible de plusieurs modifications ; ainsi il y a des actes qui tendent plus spécialement à conserver, à confirmer ou à garantir des droits déjà existants. Enfin il y en a une catégorie très-importante qui servent à poursuivre en justice la reconnaissance de nos droits.

Nous ne pouvons ici passer en revue tous les actes qui rentrent dans ces différentes catégories ; ce serait épuiser la matière presque entière du cours. Nous nous bornerons à quelques renseignements généraux qui

peut trouver plus de détails dans HEINECCIUS, *Antiq. rom. Proœm.* § 6 ; *Historia iuris*, §§ 40, et suiv. — POTHIER, *Prolegom. ad Pand.*, c. 1, § 3. — BERRIAT SAINT-PRIX, *Histoire du droit romain*, p. 52 et suiv. — *Voy.* aussi ci-après, § 36, notes 10. 11.

[13] Plusieurs éditions lisent (prétenduement, mais erronément, d'après le manuscrit de Florence) : *qui recipiunt diem*, leçon impossible, quand même elle se trouverait dans ce manuscrit.

[14] Flor., *mancipatio*. Cf. *Vaticana fragmenta*, 329, et ci-après, § 97, note 1.

ne trouveraient pas facilement une place convenable dans la suite de l'ouvrage.

I. Par rapport à la première catégorie, qui comprend les actes ayant pour but de créer ou d'éteindre des droits, nous avons à constater que chez les Romains, comme chez tous les autres peuples, les transactions entre particuliers se bornèrent, dans le principe, à une opération bien simple, à l'échange [1]. C'est en effet à ce mode de transfert que nous pouvons ramener historiquement presque toutes les opérations de la vie civile. Ainsi dans l'ancien droit, la propriété se transmettait au moyen de la *mancipatio,* acte public dans lequel l'une des parties donnait la chose et l'autre le prix de la chose, consistant en une quantité de monnaie de cuivre qu'on pesait, dans les premiers temps, au moyen d'une balance. Aussi disait-on que la chose était transférée *per æs et libram* [2]. — Le même procédé *per æs et libram* fut appliqué au cas où une personne voulait s'obliger envers une autre. En échange de la somme d'argent que le créancier comptait au débiteur au moyen de la balance, celui-ci mancipait sa personne au créancier. Il en résultait qu'en cas de non-remboursement, le créancier avait le droit de saisir la personne du débiteur et de l'avoir comme *mancipium*. On disait que le débiteur qui avait reçu un prêt de cette manière s'était lié ou enchaîné, *nexus erat*, et l'acte même s'appelait *nexus* ou *nexum* [3]. — Les parties pouvaient ajouter à la *mancipatio* ou au *nexum* des conventions particulières que déjà la loi des Douze Tables avait déclarées obligatoires. *Uti lingua nuncupassit, ita ius esto* [4]. Ces conventions n'étaient originairement que des accessoires de la man-

[1] Nous prenons ici le mot *échange* dans le sens vulgaire et général : troc que l'on fait d'une chose pour une autre. Dans ce sens, il comprend également la vente. Nous verrons ci-après que, par la suite, les jurisconsultes romains distinguèrent avec soin la vente de l'échange. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 209. 244.

[2] Ce qui, dans le principe, était réel finit par devenir symbolique ou plutôt imaginaire, comme disent les Romains (cf. ci-après, § 34, note 12). Quand on ne pesait plus la monnaie, l'opération *per æs et libram* était devenue inutile ; on la conserva comme pure formalité. Gaius, I, 119. « Est autem *mancipatio*, ut supra quoque diximus, imaginaria quædam venditio...... 122. Ideo autem æs et libra adhibetur, quia olim æreis tantum numis utebantur, et erant dupondii, semisses et quadrantes, sicut ex lege XII Tabularum intelligere possumus, eorumque numorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere... » — *Voy.* ci-après, § 97, I.

[3] Le *nexum* n'était certes, dans le principe, autre chose que la *mancipation* du débiteur. C'est par ce motif aussi que les mots *mancipium* (ancienne forme du mot *mancipatio*) et *nexum* sont souvent employés l'un pour l'autre. Ainsi le *nexus* appréhendé au corps devient *mancipium;* la *mancipatio* est appelée *traditio nexu, ius nexi.* Cic., *topica,* 5; *de harusp. resp.*, 7. *Voy.* encore le même, *Paradoxa*, V, 1. « Mancipia, quæ sunt dominorum facta *nexu.* » — Varron, *de l. l.*, VII, 105 (VI, 5 Gothofr. – p. 100 sq. Bipont.), et Festus, v. *Nexum*, nous apprennent qu'on entendait par *nexum* « omne quod per libram et æs geritur, in quo sint mancipi ; quodcunque per æs et libram geritur, idque necti dicitur ». — *Voy.* ci-après, t. II, §§ 245. 299, où nous aurons à motiver l'opinion que nous venons d'énoncer ici et qui est loin d'être généralement admise.

[4] Festus, v. *Nuncupata.* « ... Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. » — *Voy.* encore Cic., *de officiis*, III, 16.

cipation, des *accidentalia negotii;* mais on ne tarda pas à employer ce procédé dans des cas où l'on n'avait d'autre intention que de créer l'engagement contenu dans la convention, de façon que le transfert par mancipation n'était qu'un moyen, pour ne pas dire un prétexte, à l'effet de donner une forme légale à des conventions ayant un but tout autre [5]. A cet effet, on se servait surtout fréquemment de la *fiducia*, engagement par lequel celui qui recevait la chose mancipée s'obligeait à la rétrocéder après un certain laps de temps ou à la remettre à un tiers, ou bien à faire une autre prestation analogue [6]. Ainsi le débiteur, pour donner un gage à son créancier, lui mancipait la chose qui devait servir de gage, et ce dernier, en la recevant, s'engageait sur sa foi, *fiducia*, à la remanciper au débiteur dès que celui-ci aurait payé sa dette [7]. On se servait du même détour pour faire un dépôt ou un prêt à usage [8]; on l'employait surtout dans les opérations qui avaient pour but d'opérer des changements dans l'état des personnes et dans les relations de famille [9], jusqu'à ce que les progrès de la législation et de la science eussent fait découvrir des modes moins compliqués et plus sûrs, modes que nous ferons connaître quand nous traiterons des droits auxquels ils se rapportent. C'est aux mêmes endroits que nous donnerons des détails sur les actes qui ont pour but d'eteindre les droits. Ordinairement quand nous abandonnons un droit, nous le faisons dans l'intention de le transférer à autrui, comme dans la vente, l'échange, etc. Cette opération complexe : abandon d'un droit afin qu'un autre l'acquière, est particulièrement désignée par le mot aliéner, *alienare, alienum facere*. Souvent ce terme est aussi employé dans un sens plus étendu, et embrasse tout acte qui entraîne la perte d'un droit, quand même il ne contiendrait pas l'intention de le transférer à une autre personne [10]. Dans ce sens, il comprend aussi la renonciation, quand elle contient abandon d'un droit acquis; mais la renonciation à un droit qui

[5] Des exemples intéressants de ces transformations nous sont fournis par les contrats réels et par la stipulation, ci-après, t. II, §§ 232. 245. *Voy.* aussi ce que nous dirons des testaments, t. III, § 363, n° 3.

[6] GAIUS, II, 60. — BOETHIUS, *ad* CIC. *topica*, c. 10. p. 340, 36 sqq. Orelli. — ISIDORE, *Orig.*, V, 25.

[7] *Voy.* ci-après, § 155.

[8] GAIUS, II, 60. « Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quod tutius nostræ res apud eum essent..... » — *Voy.* ci-après, t. II, § 232.

[9] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 304. 328. 332. 338. 339. 354.

[10] On se sert même du mot *alienare* quand il s'agit d'une *omission* qui a pour effet de nous faire perdre un droit. Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Alienationis* verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui *patitur* usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes... » — *Voy.* aussi L. ult. C., *de reb. alien. non alienandis* 4, 51. « Sancimus : sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit : non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi, simili modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum... » et t. III, § 347. — Dans un sens très-restreint et appliqué aux seules choses corporelles, le mot *alienare*

ne nous appartient pas encore, bien que nous puissions l'acquérir, ne constitue pas une aliénation [11].

II. Parmi les actes qui ont pour but de conserver des droits, nous remarquons surtout la protestation et la réserve. On appelle protestation la déclaration par laquelle nous nous garantissons contre l'interprétation défavorable qu'on pourrait donner à un acte, ou contre les conséquences qu'on pourrait tirer d'un acte à notre préjudice [12]. La réserve est une espèce de protestation ayant pour but de nous réserver des droits dont la perte pourrait résulter de l'acte auquel nous ajoutons la réserve [13]. Au reste, il va sans dire que ni la protestation ni la réserve ne produisent d'effet contre les conséquences que la loi attache impérieusement à un acte ou qui en découlent nécessairement par la force des choses : *Non valet protestatio facto contraria* [14].

III. A l'effet de confirmer et garantir des droits existants, on se sert principalement de deux moyens qu'on a l'habitude de désigner par les noms de garantie personnelle et garantie réelle [15]. L'usage de fournir une garantie au moyen d'une autre personne qui s'oblige pour

ne comprend que le *transfert de la propriété romaine*. Cela était conforme au langage primitif : quand on disait *hæc res mea est* pour indiquer que l'on avait la propriété quiritaire de la chose, il était tout naturel de se servir du mot *alienare, alienum facere*, pour indiquer le transfert de cette propriété. Fr. 67, pr. D., *de verborum signif.* 50, 16.

[11] Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « ... Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit, aut optionem extra certum tempus datam non amplectitur. » Fr. 6, § 2. 4, D., *quæ in fraudem creditorum.* 42, 8. Cf. cependant Fr. 5, § 8, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. — La perte de la simple *possession* (cf. ci-après, § 80) n'est pas non plus considérée comme *alienatio :* Fr. 119, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Non alienat qui duntaxat omittit possessionem. » Fr. 4, § 1, D., *de alienat. iudicii mutandi causa* 4, 7. — Pour l'interprétation des renonciations, *voy.* ci-après, § 57, note 8.

[12] Fr. 20, § 1, D., *de adq. vel. omitt. hered.* 29, 2. « Et ideo solent *testari* liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quæ gerunt, sed aut pietatis, aut custodiæ causa, aut pro suo. Utputa patrem sepelivit, vel iusta ei fecit : si animo heredis, pro herede gessit ; enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse... Proinde et si fundos aut ædes locavit vel fulsit, vel si quid aliud fecit, non hoc animo, quasi pro herede gereret ; sed dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato heres exstiturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit. — *Voy.* aussi Fr. 14, § 7. 8, D., *de religiosis* 11, 7. – Fr. 16, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. « Si filiusfamilias, absente patre, cum quasi ex mandato eius pecuniam acceperit, cavit et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo *testationem* interponere *contrariæ voluntatis.* » – Fr. 34, D., *de negotiis gestis* 3, 5.

[13] Fr. 4, § 1, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. « Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari ; nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni, vel ceteris : nam solent multi salva causa pignoris sui consentire... » – Fr. 77, D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

[14] Fr. 51, § 2, D., *de adq. vel omitt.hered.*29, 2. « Sed si quis ita dixerit : *si solvendo hereditas est adeo hereditatem,* nulla aditio est. » – Fr. 7, pr. in f. D., *nautæ, caupones.* 4, 9. – Fr. 14, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2.

[15] Un proverbe fort répandu, en comparant ces deux espèces de garantie, affirme que *plus cautionis est in re quam in persona* *. Il faut se garder de considérer ce brocard comme constituant une

nous, remonte à la plus haute antiquité. Nous trouvons, dès les premiers temps, deux formes sévères de cette garantie [16] : le *vas*, surtout usité dans les actes de procédure [17], et le *præs*, d'une application plus générale et impliquant probablement un engagement aussi rigoureux que celui du *nexum* [18]. Après l'abolition du *nexum*, la stipulation, qui devint le mode usuel des engagements civils, fut également appliquée au cautionnement sous les trois formes de *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*, dont la dernière, comme étant la plus large, subsiste encore dans le droit de Justinien [19]. A côté d'elle, nous trouvons deux modes plus libres, créés par le préteur et par la jurisprudence, le constitut et le mandat, vulgairement appelé qualifié [20]. Quant à la garantie réelle, qui se donne, au moyen d'une chose sur laquelle certains droits sont accordés à celui qui doit être garanti, elle se rencontre également de bonne heure sous deux formes essentiellement distinctes, la *mancipatio* et le *pignus*, qui finissent par être absorbées au moyen d'une création ingénieuse dont l'origine est attribuée au préteur Servius et qu'on appelle le droit d'hypothèque [21]. D'autres moyens indirects de garantir l'exécution d'un engagement sont donnés par les arrhes et les stipulations de peine [22]. Enfin le serment, *iusiurandum*, a de tout temps été employé à Rome pour imprimer un caractère sacré aux engagements [23]. D'après quelques passages des anciens, il paraîtrait que la loi des Douze Tables et d'autres lois avaient confirmé la force morale du serment par une sanction positive [24]; mais nous n'avons aucun renseignement précis à ce sujet, et d'après les dispositions légales qui nous ont été conservées, le serment n'ajoute aucune efficacité civile à l'acte à l'occasion duquel il a été fait [25], à la seule ex-

règle de droit : il ne fait qu'énoncer une observation de fait, savoir qu'une garantie personnelle peut diminuer de valeur pratique par l'insolvabilité de la caution, tandis que la garantie réelle est moins exposée à des variations.

[16] Le *vindex* appartient à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-après, § 43, nº 4 et § 70.

[17] *Voy.* ci-après, §§ 38 et 70; t. II, § 261.

[18] *Voy.* ci-dessus, § 24, notes 7, sqq., et ci-après, § 43, nº 1; § 70, note 17; § 117, note 14; t. II, § 261.

[19] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 261-263.

[20] *Voy.* ci-après, t. II, § 264.

[21] *Voy.* ci-après, §§ 153 sqq. Cf. ce que nous avons dit au § 24, note 16, des *cautiones prædibus prædiisque*.

[22] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 258-259.

[23] On a l'habitude d'appeler le serment dans cette application *iusiurandum promissorium* * en opposition au serment employé comme moyen de preuve, *iusiurandum assertorium* *, dont nous aurons à traiter avec plus de détails ci-après, § 68, et t. II, §§ 176. 250. 298.

[24] Polybe, VI, 56. — Denys d'Hal., 1, 40. — Cic., *de officiis*, III, 31. « Nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores arctius esse voluerunt. Id indicant leges in XII Tabulis, indicant sacratæ, indicant fœdera..., indicant notiones animadversionesque censorum qui nulla de re diligentius quam de iureiurando indicabant. »

[25] Fr. 7, § 16, D., *de pactis* 2, 14. — L. 5, § 1, C., *de legibus* 1, 14. — *Nov.* 51, pr. — *Nov.* 82, c. 11. — Le rescrit d'Alexandre Sévère, L. 1, C., *si adversus venditionem*. 2, 28, ne saurait être

ception des engagements que l'affranchi contracte envers son patron [26].

IV. Quant aux actes par lesquels nous cherchons à poursuivre en justice la reconnaissance de nos droits, et que les Romains appellent *actiones* par excellence, nous en traiterons dans le titre suivant. Nous ferons cependant observer que, dans l'ancien droit, on se servait souvent de ces *actiones* pour donner une forme légale à des actes qui, de leur nature, n'avaient aucun caractère contentieux. Ainsi quand un citoyen voulait transférer à un autre la propriété d'une chose, les deux parties pouvaient se rendre devant le tribunal du préteur, où l'acquéreur faisait semblant de revendiquer la chose en question, soutenant qu'elle lui appartenait. Le vendeur ne contredisait pas, et le préteur attribuait dès lors la chose à l'acquéreur par un jugement qui lui servait de titre de propriété. Cette revendication fictive s'appelait *in iure cessio* (cession devant le préteur, cession judiciaire) et fut pendant longtemps, concurremment avec la *mancipatio,* le mode usuel de transférer la propriété romaine [27].

CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DES ACTES †.

§ 34.

Les conditions exigées pour l'existence d'un acte juridique se rapportent soit aux personnes qui agissent, soit à la manière dont leur volonté se manifeste, soit au but et à l'objet de l'acte.

A) Il est d'abord évident que les personnes qui veulent faire un acte juridique doivent avoir le libre usage de leur volonté. Les enfants, les fous, les furieux sont absolument incapables de faire un acte quelconque. Des causes qui privent momentanément l'agent du libre usage de sa volonté font également obstacle à la validité de ses actes [1]. Il en serait de même d'une erreur exclusive de volonté [2]. Comme l'acte juridique

invoqué pour soutenir que le serment peut servir à valider une renonciation non valable; la L. 41, C., *de transactionibus* 2, 4, se borne à frapper de la peine de l'infamie le majeur qui viole une transaction confirmée par serment.

[26] *Voy.* ci-après, t. III, § 337.

[27] *Voy.* ci-après, § 97, n° II.

† Des raisons de méthode nous obligent à nous en tenir ici aux généralités. Les développements que nous donnerons dans le cours de l'ouvrage, surtout à propos des conventions et des dispositions de dernière volonté, serviront à compléter cet exposé rapide. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 197-206, et t. III, §§ 305 sq. 330. 346. 382. 387. 418.

[1] Fr. 5. 48, D., *de regulis iuris*, 50, 17. « 48. Quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse; ideoque brevi reversa uxor non divortisse videtur ». — L. 19, C., *de inofficioso testamento* 3, 28. — Inutile d'ajouter que la manifestation de volonté doit être sérieuse et non simulée. Fr. 3, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. « ... nec enim, si per iocum... ». — Fr. 54, D., *eodem*, et ci-après, t. II, § 202, †.

[2] *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

a pour but d'apporter un changement à l'état actuel des droits d'une personne, il exige nécessairement que cette personne soit capable d'opérer ce changement, ou, comme on dit ordinairement, qu'elle ait la capacité de disposer de ses droits. Sous ce rapport, les enfants, les fous et les furieux sont frappés d'une incapacité absolue; les impubères ne peuvent point aliéner ni s'obliger; la capacité des mineurs et des femmes est restreinte sous plusieurs rapports; enfin, il y a beaucoup d'autres restrictions spéciales que nous mentionnerons quand nous traiterons des matières auxquelles elles se rapportent.

B) Quant au but et à l'objet, il faut, avant tout, que l'acte se rapporte à un droit que l'on puisse faire valoir d'une manière quelconque. Ainsi, de fait, l'acte est illusoire quand l'objet est si vaguement indiqué qu'il n'est pas possible de le déterminer [3]. Il en est de même quand il s'agit de choses corporelles qui ne sont pas susceptibles d'exister ou qui sont hors du commerce [4]. Si c'est un fait qui est l'objet de l'acte, il doit être possible et n'être point contraire aux lois et aux bonnes mœurs [5]. Enfin, la loi refuse toute efficacité aux actes qui tendraient à un but auquel la personne en faveur de laquelle ils paraissent être faits n'aurait aucun intérêt [6].

C) Il serait difficile de donner *à priori* des règles générales sur la manière dont notre volonté doit se manifester dans les actes juridiques. La forme à employer à cet effet varie naturellement suivant les mœurs et le développement des institutions. Nous avons vu, au paragraphe précédent, que les premières transactions chez les Romains peuvent être ramenées à deux points de vue : transfert de la propriété et engagement de notre personne. Or, comme la propriété n'existe dans le droit civil que

[3] Fr. 94, D., *de verbor. oblig.* 45, 1. « Triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quæstio est, non iuris. Igitur, si de aliquo tritico cogitaverit, id est, certi generis, certæ quantitatis, id habebitur pro expresso : alioquin, si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur : igitur ne unum quidem modium. » – Fr. 115, pr. D., *eodem.* – L. 1, C., *de dotis promissione* 5, 11. — *Voy.* ci-après, t. II, § 199, n° 2; t. III, §§ 311. 426 sq.

[4] Gaius, III, 97. « Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut, si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, aut mortuum, quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat esse humani iuris, sibi dari stipuletur, æque inutilis est stipulatio. – § 1, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. – § 4, I., *de legatis* 2, 20. – Fr. 1, § 9, D., *de oblig. et act.* 44, 7. — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 199, n° 7.

[5] Fr. 185, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Impossibilium nulla obligatio est. » – Fr. 112, § 3, D., *de leg. I* (30). « Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum prætoris, vel etiam turpe aliquid. » – Fr. 7, § 3, D., *de pactis* 2, 14. « Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. » — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 199, n° I. III.

[6] Fr. 61, D., *de pactis* 2, 14. « Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito prædium alienet. » – Fr. 15, pr. D., *de servit.* 8, 1. « Quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet... » — *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 199, n° III.

par la garantie de la nation, *ex iure Quiritium*, et que la même garantie s'applique à l'état des personnes, il est naturel que la manifestation de la volonté individuelle par rapport à ces deux genres d'opérations ne pût avoir un caractère civilement obligatoire et efficace qu'à la condition d'avoir reçu la sanction des Quirites. Il est probable que, dans l'origine, cette sanction était donnée par les comices [7]. Mais plus tard, on se borna à faire représenter la nation par un certain nombre de citoyens, nombre qui, dans les actes les plus importants, les mancipations, correspond exactement aux cinq classes de Servius Tullius, d'où probablement le terme *testes classici* [8]. Une sanction analogue pouvait être obtenue par l'intervention du magistrat exerçant la souveraineté nationale, *in iure cessio* [9]. Les formalités de la *mancipatio* et de la *in iure cessio* étaient donc, dans le principe, des nécessités fondées dans la nature même des opérations auxquelles elles s'appliquaient. Elles perdirent ce caractère surtout par les deux causes suivantes. D'une part, la jurisprudence appliqua ces modes d'agir, notamment la mancipation, à diverses opérations qui, au fond, tendaient souvent à un but autre que le transfert de la propriété [10]. D'autre part, certaines formalités de ces actes, tout en étant à l'origine des nécessités de fait, avaient cependant un caractère plutôt relatif et accidentel, par exemple, dans la mancipation l'emploi de l'airain et de la balance, *œs et libra*, qui avait été indispensable dans le principe pour peser la monnaie [11]. Ces éléments non substantiels ayant été conservés alors qu'ils avaient perdu leur raison d'être par suite des progrès de la civilisation, les opérations mêmes, d'abord très-réelles, finirent par devenir imaginaires, comme s'expriment les anciens, ou symboliques, d'après notre manière de parler [12]. Dès lors nous voyons la jurisprudence et la législation introduire des formalités diverses, moins par suite d'une né-

[7] Nous en trouvons des exemples positifs dans l'adrogation et dans les testaments, t. III, §§ 328. 365.

[8] *Voy.* ci-après, § 97, I.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 33, note 27, et ci-après, § 97, II.

[10] *Voy.* ci-après, § 133 et t. III, §§ 328. 332. 338. 354. 365.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 28, notes 6 sq.; § 33, notes 1 et 2, et ci-après, § 97, 1; t. II. § 245; t. III, §§ 328. 332. 338. 354. 365.

[12] Le mot symbolique devrait être banni du droit romain. Nous ne trouvons chez ce peuple sérieux et positif aucun acte de la vie juridique ayant le caractère d'un symbole (à moins qu'on ne s'obstine à ranger dans cette catégorie le *iactus lapilli* dont l'origine échappe à nos investigations. Cf. ci-après, t. II, § 283, II). Bien des opérations symboliques qu'on cite comme actes juridiques sont tout simplement des cérémonies qui étaient en usage à Rome, sans avoir la moindre importance légale. De ce nombre sont la plupart des signes énumérés dans l'*Histoire du droit romain* de Berriat Saint-Prix, p. 53. Et même parmi les actes dites symboliques qui ont incontestablement un caractère juridique, il n'en est pas un seul qui n'ait constitué dans le principe une opération très-sérieuse et très-matérielle. La *mancipatio* est une opération dont nous faisons l'inverse tous les jours, quand nous achetons une livre de café, avec cette différence que nous n'employons ni le *libripens*, parce que notre mode de peser rend inutile l'intervention de ce per-

cessité réelle, comme dans l'ancien droit, que par des considérations d'utilité plus ou moins arbitraires. Parmi ces formalités figure toujours en première ligne l'assistance de citoyens qui, de garants qu'ils étaient originairement, finirent par devenir de simples témoins [13]. Dans certains cas, on exige l'emploi de paroles plus ou moins sacramentelles [14]; dans d'autres actes, la redaction par écrit est de rigueur [15], et l'on soumet les actes écrits à des formalités minutieuses ayant pour but d'en constater et garantir la sincérité [16]; enfin, dans les derniers temps de l'empire, on revient vaguement aux idées originaires en exigeant, dans certaines hypothèses, l'intervention du souverain et de ses autorités déléguées [17], ou la transcription dans les registres publics, *gesta et acta* [18]. Vers la même époque, nous voyons apparaître, sous le nom de *tabelliones* [19], des personnes dont la profession consiste à rédiger les actes, soin dont,

sonnage (encore le trouvons-nous dans nos marchés publics, sous la forme du peseur ou mesureur juré), ni les témoins, parce que pareille transmission de propriété n'exige point, d'après nos idées, ce mode de garantie sociale. Nous aurons l'occasion de faire des observations analogues en traitant du *sacramentum*. *Voy.* ci-après, §§45. 117.—La tendance contre laquelle nous protestons est une des causes qui ont le plus empêché les jurisconsultes modernes de saisir le véritable esprit des institutions romaines. De nos jours, elle commence à perdre du terrain, et nous nous empressons de signaler, parmi les écrits dans lesquels elle est combattue résolûment, une excellente dissertation de M. Huc, *Du formalisme romain*. Toulouse, 1861.

[13] Les considérations que nous venons d'indiquer dans le texte font comprendre que l'assistance de témoins ait été requise dans presque tous les actes de l'ancien *ius civile;* de là l'importance attachée à la qualité de *testabilis* (ci-dessus, § 18, note 5). Dans le droit nouveau, l'intervention des témoins n'est guère nécessaire que dans les testaments et dans les codicilles; mais elle peut être très-utile pour la force probante des actes. Et à ce propos, il est intéressant de constater la persistance du nombre SEPT, dérivant de l'ancienne mancipation et des testaments. *Voy.* ci-après, § 97, I. et § 365. Ainsi nous possédons plusieurs documents de l'antiquité dans lesquels les témoins qui certifient la conformité de la copie ou de l'expédition de l'acte sont au nombre de sept.

[14] Par exemple, dans la *stipulatio* ou *verborum obligatio*. *Voy.* ci-après, t. II, § 245.

[15] *Litterarum obligatio,* t. II, § 247 sq. – Le contrat emphytéotique, concernant les biens de l'Église. *Nov.* 120, c. 6, et ci-après, §§ 150. 231. — *Voy.* aussi L. 17, C., *de fide instrumentorum* 4, 21, et ci-après, t. II, §§ 200. 208 *in fine*. 253 sq.; t. III, §§ 306. 380 sq. 417.

[16] « Ut exteriores scripturæ fidem interiori servent », comme dit PAUL, V, 25, 6, en nous faisant connaître les formalités prescrites par un sénatusconsulte sous Néron : « Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas quæ publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur, atque impositum supra linum ceræ signa imprimantur, ut exteriores scripturæ fidem interiori servent. Aliter tabulæ prolatæ nihil momenti habent. » Ces formalités, que nous voyons observer dans plusieurs documents dont les originaux nous ont été conservés, ne sont plus exigées dans la législation de Justinien.

[17] A) *Testamentum principi oblatum,* ci-après, t. III, § 365 *in fine;* § 380, A. — *B*) Intervention du gouverneur, des magistrats municipaux, voire même, dans certains actes, de simples employés municipaux, *tabularii*. *Voy.* ci-dessus, n° 224, et PAUL, I, 3, 1 *in fine*.

[18] *Voy.* ci-dessus, n° 220, et ci-après, § 68, I.

[19] Ces *tabelliones,* qui n'ont aucun caractère officiel, bien qu'ils finissent par être soumis à un contrôle disciplinaire, n'ont rien de commun avec les *tabularii,* employés provinciaux et communaux, chargés de la comptabilité et des archives, et ayant qualité pour donner une nuance d'au-

sous la république, les grands jurisconsultes n'avaient point dédaigné de se charger [20]. — Il est naturel qu'à la longue il se soit établi, pour les transactions et actes importants du *ius civile*, des formules légales ou usuelles, *solemnia* [21], dont l'importance fut souvent exagérée dans la pratique, au point que le législateur jugea utile de s'élever contre cet abus [22] et de proclamer qu'en dehors des cas dans lesquels la loi a expressément prescrit une formalité déterminée, les parties sont libres de déclarer et d'exprimer leurs intentions comme bon leur semble [23]. La volonté peut même être exprimée tacitement, lorsque du concours des circonstances il résulte à l'évidence que la personne qui a fait l'acte a voulu produire tel effet juridique [24]. Nous nous bornons ici à citer comme exemples l'abandon d'une chose et le fait du créancier gagiste qui remet au débiteur la chose engagée, ce qui peut équivaloir à une renonciation au droit de gage [25].

thenticité à certains actes (cf. la note 16). Après Justinien, on finit cependant par confondre les deux termes, et dans les royaumes barbares les praticiens qui s'occupent de la rédaction des actes juridiques sont encore désignés par les noms *scribæ, cancellarii, notarii*. Ce dernier nom prévaut au moyen âge. Cf. ci-dessus, nº 224.

[20] *Voy.* ci-dessus, nº 224, et ci-après, § 68, I.

[21] *Solemnis, solemnitas*, de *solere*, veut tout simplement dire *usité*, sans que l'on y doive attacher aucune idée de ce que nous entendons par *solennel, solennité*. C'est un fait qu'on a trop souvent perdu de vue, en exagérant la portée des *solemnia* ou, comme on aime à s'exprimer, du formalisme dans la législation romaine, ainsi qu'on l'a fait pour le symbolisme. *Voy.* la note suivante, et ci-dessus, note 12.

[22] *Voy.* ci-après, t. II, § 245, note 12, où nous nous étendrons davantage sur les *solemnia* des actes juridiques.

[23] Fr. 4. 5, D., *de fide instrum.* 22, 4. – Fr. 38, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 52, § 9. 10, D., *eodem.* « 9. Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. 10. Sed et nutu solo pleraque consistunt. » – Fr. 17, D., *de novat.* 46, 2. Cf. ci-après, t. II, 200 *in fine*. — Il faut naturellement que la manifestation de la volonté de l'agent soit sérieuse. Cf. ci-dessus, note 1, et ci-après, t. II, § 202, †.

[24] C'est sur une considération analogue qu'est fondé le proverbe " *Qui tacet consentire videtur* ", qui est tiré du droit canon (c. 43 in VI, *de regulis iuris*, 5, 12), et dont on abuse fréquemment. Il est évident que notre silence ne peut être considéré comme consentement à un acte que lorsque nous y sommes intéressé, et que nous sommes dans la position d'exprimer notre approbation ou notre désapprobation. *Voy.* Fr. 142, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare. » Cf. Fr. 6, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 58, pr. D., *de hered. instit.* 28, 5. – Fr. 21, pr. D., *de legatis III* (32). – Fr. 52, § 10, D., *de obl. et act.* 44, 7.

[25] A) § 47, I., *de rerum divisione* 2, 1. – Tit. D., *pro derelicto* 41, 7, et ci-après, § 125. — B) *Voy.* ci-après, § 168, nº 4, et L. 7, C., *de remiss. pign.* 8, 26. « Creditricem patrui tui sub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, iubentem eamdem cautionem reddi, pignoris etiam ius remisisse videri, manifestum est. » – Fr. 3, D., *de pactis* 2, 14. — Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons fréquemment l'occasion de mentionner d'autres exemples. Ici il suffit de citer les textes suivants : Gaius, II, 167. – Fr. 57, pr. D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 1, pr. D., *pro socio* 17, 2. « Societatem et RE et verbis et per nuntium posse nos coire dubium non est. (*Voy.* ci-après, t. II, § 225, note 7). – Fr. 95, D., *de adquir. hered.* 29, 2. « Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam RE potest, et alio quovis iudicio voluntatis. » – Fr. 37, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 5, D., *ratam rem haberi* 46, 8. « Non tantum verbis ratum haberi posse sed etiam ACTU.... » et *passim*.

Si l'une des conditions essentielles que nous venons d'exposer manque dans un acte, il n'a point d'existence juridique. C'est ce que les Romains expriment énergiquement en disant que rien n'est fait, qu'il n'y a pas d'acte, *nullum est negotium, nihil actum est* [26]. Toutefois il est à remarquer que, par notre volonté, nous pouvons rendre valide ce qui, faute de consentement, ne l'était pas auparavant. Cela a lieu toutes les fois que nous approuvons ce qu'un tiers a fait pour nous, ou que nous confirmons un acte auquel nous avions consenti à une époque où nous n'étions pas capable de le faire d'une manière efficace [27]. Pareille approbation ou confirmation est appelée ratification, *ratihabitio*. La ratification a, en général, un effet rétroactif au jour où l'acte originaire et incomplet a été fait [28], sauf quelques exceptions qui dérivent soit de dispositions légales, soit de la nature particulière de l'acte auquel la ratification est ajoutée [29]. Il est à peine nécessaire d'ajouter que cette rétroactivité n'a lieu qu'à l'égard des personnes qui sont intervenues dans l'opération dont il s'agit et ne peut produire des effets préjudiciables à des personnes tierces [30].

Observation. Nous avons dit ci-dessus, à la note 2, que les actes juridiques sont invalidés par une erreur exclusive de volonté. Mais quand peut-on dire qu'une erreur est exclusive de volonté? Cette question très-importante présente de grandes difficultés que nous ne pouvons exposer et résoudre dans ce chapitre qui ne doit contenir que des notions générales. Nous les aborderons, quand nous nous occuperons des conventions et des dispositions de dernière volonté. C'est aux mêmes endroits que nous traiterons de l'influence que peuvent exercer sur l'efficacité des

[26] Gaius, III, 176. – Fr. 1, § 3 in f. D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 21, § 4, D., *quod metus causa* 4, 2. – Fr. 9 pr. – Fr. 11, § 9, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1 et *passim*. Il importe cependant de faire observer que cette terminologie exacte et correcte n'est pas toujours rigoureusement observée, même par les Romains. Cf. ci-après, t. II, § 202, observation.

[27] Fr. 7, § 16, D., *ad Sc. Maced.* 14, 6. – Fr. 60. 152, § 2, D., *de reg. iuris* 50, 17. – L. 2, C., *ad Sc. Maced.* 14, 6. – L. 25, C., *de donat. inter virum et uxorem* 5, 16.

[28] Fr. 20, pr. D., *de pignor. act.* 13, 7. « Aliena res pignori dari voluntate domini potest : sed et si ignorante eo data sit et ratum habuerit, pignus valebit. » – Fr. 16, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 12, § 4, D., *de solut.* 46, 3. « Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit; *rati enim habitio mandato comparatur* ».– Fr. 71, § 1. 2, D., *eodem*. – Fr. 24, pr. D., *ratam rem haberi* 46, 8. – L. 1, C., *si maior factus ratum habuerit* 2, 46. – L. 7, pr. C., *ad Sc. Maced.* 4, 28. « ... Cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quæ ab initio subsecuta sunt... » L. 25, C., *de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione* 6, 11. « .... Confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. » Cf. Fr. 9, D., *de negotiis gestis* 3, 5, et ci-après, t. II, § 274, note 12.

[29] Ainsi il va sans dire qu'une ratification ne peut jamais faire qu'en fait un état de choses ait existé à une époque où il n'existait point ou *vice versâ*. *Voy.* ci-après, § 85, nº 2 *in fine*, et t. II, § 274, note 12.

[30] Fr. 16, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1, et ci-après, § 155, note 10.

actes le *dol* et la *violence,* qui, sans anéantir la volonté de l'agent, vicient cependant le consentement qu'il a pu donner [31].

EFFETS DES ACTES JURIDIQUES.

§ 35. *En général.*

L'acte qui réunit les conditions nécessaires pour sa validité juridique produira les effets que la personne ou les personnes qui le font se sont proposé d'atteindre. Il les produira alors même que l'un ou l'autre des éléments nécessaires pour sa naissance viendrait à disparaître plus tard [1], pourvu que l'élément disparu ne soit pas en même temps une condition essentielle du rapport juridique que l'acte avait pour but de créer [2]. Par contre, l'acte nul dès le principe ne devient pas valable par la suite, quand même les circonstances qui occasionnaient la nullité viendraient à cesser : *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* [3]. Si quelques dispositions de l'acte sont nulles, sans que cette nullité influe sur la substance de l'acte même [4], les autres parties restent intactes et sortent leurs effets : *Utile per inutile non vitiatur* * [5].

Il peut se faire qu'un acte, ne réunissant pas les conditions requises

[31] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 201-203, et t. III, §§ 382. 418.

[1] § 1. 2, I., *quibus non est permissum facere testamentum* 2, 12. — Fr. 85, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Non est novum ut, quæ semel utiliter constituta sunt durant, licet ille casus exstiterit a quo initium capere non potuerunt ». Cf. Fr. 140, § 2, D., *de verb. oblig.* 45, 1. Ces deux derniers passages font allusion à un adage dont nous parlerons à la note suivante.

[2] Par exemple, la chose que je me suis engagé à vous faire avoir devient *res extra commercium;* le fait que je m'étais engagé à prester (par exemple fournir un remplaçant) vient à être prohibé par la loi. Ce n'est que dans des hypothèses appartenant à cet ordre d'idées qu'on peut appliquer l'adage dont les jurisconsultes romains abusent parfois : « Quæ in eam causam inciderunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur ». Fr. 3, § 2, D., *de his quæ pro non scriptis habentur* 34, 8. — Fr. 98, pr. D., *de verb. oblig.* 45, 1, et les deux passages cités à la note précédente.

[3] Fr. 29, D., *de regulis iuris,* 50, 17 « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere ». — Fr. 201. 210, D., *eodem.* — § 2, I., *de inutilibus stipulat.* 3, 19. — Fr. 17, § , D., *de pactis* 2, 14. — Cet adage ne laisse pas que de donner lieu, dans l'application, à des difficultés pour lesquelles nous renvoyons à l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[4] Si cela était, il faudrait appliquer la règle énoncée au Fr. 178, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent ».

[5] L'adage est tiré du droit canon : c. 37 in VI, *de regulis iuris* 5, 12. « Utile non debet per inutile vitiari ». Cf. Fr. 1, § 15, D., *de verb. oblig.* 45, 1. « ... Duæ sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem ». Des applications de la proposition qu'il renferme se trouvent, entre autres, dans les passages suivants : Fr. 11, § 1. Fr. 12, D., *de pecunia const.* 13, 5. — Fr. 20, D., *de usuris* 22, 1. « Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceteram sortem non vitiare. » — Fr. 29, D., *eodem.* — Fr. 13, § 29, D., *de act. emti et vend.* 19, 1. « Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus : nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. » — Fr. 5, § 1. Fr. 34, § 4, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. — Fr. 1, § 15. Fr. 110, pr. D., *de verb. oblig.,* 45, 1. — L. 34, pr. C., *de donationibus* 8, 54.

pour produire tous les effets que les parties avaient eus en vue contienne néanmoins les éléments nécessaires pour produire d'autres effets analogues, également compris dans l'intention des parties, et qui, dans ce cas, seront obtenus. De même, quand les parties, volontairement ou par erreur [6], ont donné à l'acte une qualification supposant des conditions qui ne se trouvent pas réunies dans l'espèce, l'acte n'en sera pas moins valide et efficace, pourvu que l'intention des parties soit susceptible d'être légalement réalisée [7].

Observation. L'adage que nous avons mentionné ci-dessus : *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* est d'une vérité incontestable [8] quand on prend les mots *tractu temporis* dans le sens rigoureux, équivalant à *solo tractu temporis*. Mais la thèse devient discutable quand on suppose une situation complexe, en ce sens que, pendant le *tractus temporis*, la cause efficiente de la nullité est venue à disparaître. La disparition de la cause n'aura-t-elle pas pour effet de faire cesser la nullité? Par suite de l'effet rétroactif de la ratification, il faut répondre affirmativement toutes les fois que la nullité est provenue, et uniquement provenue, d'un défaut de consentement [9]. Mais, en dehors de cette hypothèse, la négative, énoncée par notre adage, doit être admise comme règle, sauf deux exceptions [10], créées par Justinien par rapport aux donations faites par un mineur et aux aliénations des biens de mineurs faites sans l'observation des formalités prescrites [11]. Terminons, en faisant

6 Quand c'est volontairement que les parties ont agi ainsi, on dit qu'il y a simulation, ce qui n'empêche pas l'application de notre règle, à moins que la simulation n'ait été employée *in fraudem legis*. *Voy.* ci-après, t. II, § 202, †.

7 Ainsi, une convention de vente dans laquelle on aurait dit que l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix, est nulle comme vente; mais elle peut être considérée comme un acte de donation et sortir ses effets comme tel, pourvu que les conditions requises pour une donation s'y trouvent réunies. *Voy.* ci-après, t. II, § 209, B. Nous nous bornons ici à cet exemple, auquel nous aurons à en ajouter un grand nombre dans le cours de l'ouvrage. Cf. entre autres, ci-après, t. II, § 225, nos 1 et 2; t. III, § 417, no 1. — Les interprètes modernes ont l'habitude d'employer dans les hypothèses de ce genre le terme équivoque : *conversio actus iuridici*,* qui est emprunté au Fr. 19, pr. in f., § 1, in f. D., *de testamento militis* 29, 1.

8 *Voy.* cependant ci-après, note 11.

9 *Voy.* ci-dessus, § 34, note 28, en la combinant avec ce que nous dirons du mariage, à la note suivante, no 1o.

10 C'est à tort qu'on a voulu voir des exceptions dans les cas suivants : 1o L'union sexuelle de deux personnes, qui n'est pas mariage à cause d'un empêchement légal, devient mariage valable si, après la disparition de l'empêchement, les conjoints continuent de cohabiter avec *affectus maritalis*. Fr. 4. 27. 65, § 1, D., *de ritu nuptiarum* 23. 2. Dans ces hypothèses, ce n'est pas l'ancienne union qui devient valide : elle reste nulle comme auparavant; mais, comme le mariage se forme par le seul consentement qui peut être donné re, la cohabitation continuée après la disparition de l'empêchement crée le mariage au moment même de cette disparition. Cf. ci-après, t. II, § 306, nos 1 et 6. — 2o) L'hypothèque consentie sur une chose par quelqu'un qui n'est pas propriétaire de la chose est nulle, mais elle devient valable si le constituant vient à acquérir la propriété dans la suite. Ce langage n'est pas exact, comme nous verrons ci-après, § 156, notes 14. 15.

11 L. 3, C., *si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit* 5, 74. L'empereur

observer que notre adage s'applique également aux actes à cause de mort, et que dans cette matière il a reçu des modifications par la célèbre règle catonienne [12].

§ 36. *Modifications*. Condicio. Dies. Modus †.

Les conséquences naturelles d'un acte peuvent être modifiées par des conventions particulières. Ces *accidentalia* varient à l'infini suivant la volonté des parties; aussi la théorie n'a-t-elle guère à s'en occuper. Toutefois, il y en a trois qui, à cause de leur caractère plus général, méritent d'attirer notre attention : nous voulons parler de la condition, du terme et du mode.

La condition, *condicio*, dans le sens technique qui nous occupe ici, est une modalité, ajoutée à un acte ou à une disposition d'un acte [1] en vue de tenir en suspens l'efficacité de l'acte ou de la disposition. La condition consiste toujours en un événement futur et incertain : car ce n'est que si l'événement réunit ce double caractère qu'il est possible de faire dépendre de son accomplissement l'efficacité de l'acte [2]. On a l'habitude

fonde ces décisions exorbitantes sur la présomption d'une ratification, autorisée par le long silence du mineur. Cf. ci-après, t. II, § 254, note 9, et t. III, § 548, note 25.

[12] Cf. ci-après, t. III, § 394, note 4, et § 439.

† Titt. D., *de condicionibus institutionum* 28, 7; *de condicionibus et demonstrationibus* 35, 1. et divers autres titres de nos sources, à citer ci-après, t. II, § 205. C'est également dans ce § 205 et plus tard, en traitant de l'hérédité et des legs (t. III, §§ 387. 418), que nous donnerons sur les modalités des actes les détails que des raisons de méthode nous empêchent d'exposer ici.

[1] Nous disons : ajoutée par la partie ou les parties agissantes. Si les parties déclarent faire dépendre l'effet de leur volonté d'un fait qui, par la nature même de l'acte, est indispensable pour que l'acte produise de l'effet, il est évident que l'acte demeure ce qu'il est de sa nature et qu'il n'a rien de conditionnel par la volonté des parties. Les Romains disent, dans ce cas, que l'énonciation des parties est *supervacua, figuram non vim conditionis continet;* qu'il y a *condicio tacita, quæ legato inest*. Fr. 69, D., *de heredibus institnendis* 28, 5. — Fr. 12, D., *de condic. instit.* 28, 7. — Fr. 21. 47. 107, D., *de condic. et demonstr.* 35. 1. — Fr. 21, § 1. Fr. 22, § 1. Fr. 25, § 1, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2. Cf. Fr. 6, § 1, D., *de tutelis* 26, 1. Nous aurons l'occasion de montrer l'importance pratique de cette observation dans divers endroits, notamment en matière de servitudes, ci-après, § 140, note 12; en matière d'hypothèque, § 155, note 11 et § 156, note 15; et surtout dans l'hérédité et dans les legs, ci-après, t. III, § 387, note 12; § 418, notes 26 sq. — Il importe de faire observer que les Romains qualifient également de *tacitæ* les conditions véritables qui se trouvent implicitement ajoutées à un acte, sans que les parties les aient exprimées formellement. Fr. 68. D., *de iure dotium* 23, 3. « ... cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat ». Cf. ci-après, note 9.

[2] Un événement futur, mais certain, ne constitue point une condition. § 6 in f. I., *de verb. oblig.* 3, 15. — Fr. 79, pr. D., *de condic. et dem.* 35, 1. — Fr. 9, § 1, D., *de novationibus* 46. 2. « Qui sub condicione stipulatur, quæ omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari ». Cf. ci-après, notes 18. 19, et § 11 in f. I., *de inutil. stipul.* 3, 19. — ~~Fr. 20, pr. D., *de condic. instit.* 28, 7.~~ — Fr. 7. 8, D., *de verb. oblig.* 45, 1. — Un événement qui n'est pas futur n'est pas une condition non plus, bien qu'il soit incertain. § 6, I., *de verb. oblig.* 3, 15. « Condiciones quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut *statim infirmant* obligationem, aut *omnino non differunt :* veluti, si Titius consul fuit, vel si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet

d'établir une division en conditions *suspensives* et conditions *résolutoires*, selon qu'elles sont ajoutées à un acte qui a pour but de créer un droit ou à un acte qui a pour but d'éteindre ou de résilier un droit. Cette terminologie, quoique généralement adoptée, manque de justesse et d'exactitude. Toute condition est suspensive; car toute condition, sans exception, suspend l'effet de l'acte auquel elle est ajoutée; et c'est précisément là ce qui constitue l'essence de la condition. Il est donc contraire aux règles de la logique d'attribuer *exclusivement* à une espèce le nom générique qui convient à toutes les conditions, et de refuser par suite à une autre espèce la qualification et le caractère qui lui appartiennent. Ce qui a donné lieu à cette erreur, c'est que souvent les parties joignent à l'acte qui crée un droit un autre acte qui a pour but d'éteindre éventuellement ce même droit. Par exemple : « Je vous vends ma maison à tel prix; mais la vente sera résiliée si vous ne me payez le prix dans huit jours. » Dans ce cas, nous avons d'abord une disposition qui crée les rapports de droit résultant du contrat de vente, et en second lieu une disposition qui a pour but de résilier ces rapports. Or, comme l'effet de cette seconde disposition dépend d'une condition, savoir du non-payement du prix, on dit que les deux conventions constituent un acte de vente conclu sous condition résolutoire [3], quoique en réalité la vente soit pure et simple et qu'il n'y ait de conditionnel que la faculté qui est laissée à l'une des parties de résilier la vente. Aussi les jurisconsultes romains distinguent-ils toujours avec soin la disposition qui contient la résiliation conditionnelle d'avec celle qui établit le droit pur et simple [4]. — Nous nous bornons ici à ces observations, en nous réservant de montrer, dans le cours de l'ouvrage, les erreurs pratiques qu'a fait naître la terminologie vicieuse que nous venons de signaler [5].

La condition a donc pour effet de suspendre, jusqu'au moment où elle s'accomplira, l'efficacité de l'acte auquel elle est ajoutée. Ainsi quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but de créer un droit (condition dite suspensive), ce droit n'existera que si la condition vient à s'accomplir; de même quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but de résilier un

stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet... » — Fr. 100. 120, D., *de verb. oblig.*, 45, 1. — Fr. 37. 39, D., *de reb. cred.* 12, 1. — Fr. 16, D., *de iniusto, rupto test.* 28, 3. — Fr. 10, §1, D., *de condic. instit.* 28, 7. « ... Cum *nulla sit condicio*, quæ in præteritum confertur, vel quæ in præsens, veluti, si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat. » — Fr. 10, § 1, D., *de condic. et demonstrationibus* 35, 1.

[3] C'est-à-dire que l'on considère faussement comme *conditionnel* un acte qui n'est soumis à aucune condition : ce qui doit nécessairement amener des erreurs. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 205. 249.

[4] *Voy.* les textes suivants, transcrits ci-après, t. II, § 205, note ~~10~~ : Fr. 3, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 2, pr. D., *de in diem addictione* 18, 2. — Fr. 1, D., *de lege commissoria* 18, 3. — Fr. 2, § 5, D., *pro emtore* 41, 4. Cf. Fr. 2, § 3. 4, D., *eodem*.

[5] *Voy.* surtout t. II, § 249, OBSERVATION.

droit (condition dite résolutoire), ce droit ne pourra s'éteindre qu'ensuite de l'accomplissement de la condition. Jusque-là, dans l'une et l'autre hypothèse, tout reste dans le *statu quo ;* mais, après l'accomplissement de la condition, l'effet de l'acte est, en général, rétroactif, c'est-à-dire : dans la première hypothèse, le droit sera comme s'il avait pris naissance au moment où l'acte a été fait ; et dans la seconde, on agira comme si le droit en question avait cessé au même moment [6]. — Tant que l'événement qui constitue la condition n'a pas eu lieu, on dit que *conditio pendet;* dès qu'il a eu lieu, la condition est accomplie, *conditio existit, impleta* ou *expleta est ;* enfin, quand il est certain qu'elle ne s'accomplira pas, *conditio deficit* [7]. Dans ce dernier cas, la disposition à laquelle la condition est ajoutée ne produira point d'effet [8].

Toute déclaration de volonté peut être faite avec l'intention d'en subordonner la réalisation à l'accomplissement d'une condition : cette intention peut même résulter implicitement de la nature de l'acte, sans qu'il soit nécessaire de l'énoncer expressément [9]. Le droit romain exclut cependant de cette faculté certains actes [10], en ce sens que ces actes sont nuls si l'agent en entend faire dépendre l'efficacité d'une condition ou même simplement d'un fait incertain [11].

[6] *Voy.* les détails sur l'effet rétroactif de la condition accomplie, ci-après, §§ 155. 156 ; t. II, § 205, I, B ; t. III, §§ 387. 401. 418. 422.

[7] Gaius, I, 186. — Fr. 14, pr. D., *de condictione furtiva* 13, 1. — Fr. 5, pr. Fr. 7, § 1, D., *de condic. et dem.* 35, 1. — Fr. 68, § 2, D., *de legatis I* (30) et *passim.*

[8] § 2, I., *quibus modis test. infirm.* 2, 17. « ... Ideo, si quis... condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit..., paterfamilias intestatus moritur. » — Fr. 37, in f. D., *de contr. emt.* 18, 1. — Fr. 8, pr. D., *de peric. et comm. rei vend.* 18, 6. — Fr. 21, in f. D., *de solutionibus* 46, 3 et *passim.*

[9] On dit, dans ce cas, qu'il y a *condicio tacita,* locution qu'on applique aussi à un autre ordre d'idées dont nous nous sommes occupés ci-dessus, note 1. Fr. 68, D., *de iure dotium* 23, 3. — *Vatic. fragm.* 329. Ainsi la promesse d'une dot est toujours faite sous la condition tacite, *si nuptiæ fuerint secutæ.* Fr. 21. 68, D., *de iure dotium* 23, 3, et ci-après, t. III, § 311 *in fine.* — *Voy.* encore Fr. 54, § 1 D., *locati* 19. 2. — Fr. 1, § 3. Fr. 99. 107 in f. D., *de condic. et dem.* 35, 1. Cf. Fr. 102, D., *eodem.*

[10] Papinien, *Vatic. fragm.* 329. « Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut acceptum vel expensum fertur : nec ad rem pertinet, an ea condicio sit incerta, quæ non expressa tacite inesse videtur ». — Le même, Fr. 77, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio (mancipatio), acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quæ aperte comprehensa vitium afferunt : nam si acceptum feratur ei qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis condicio exstiterit ; quæ si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum ». C'est à la dernière observation de ce texte que se rapporte l'adage : *Expressa nocent, non expressa non nocent,* sur lequel nous aurons à revenir ci-après, t. III, § 382, note 20 et § 419, note 85. — *Voy.*, pour la mancipation, ci-après, § 97, I et § 132, nº 4 ; § 141, notes 12-14 ; pour l'acceptilation, t. II, § 295 ; pour la *datio tutoris*, t. III, § 314 ; par l'adition d'hérédité et la *servi optio,* t. III, § 396, notes 77-79 et § 428.

[11] Fr. 77, D., *cité.* — Fr. 51, § 2, D., *de adq. hereditate* 29, 2. « Sed et si quis ita dixerit : *si*

II. Le terme, *dies*, ajouté à un acte, est habituellement appelé suspensif[12], quand l'exercice du droit auquel l'acte se rapporte ne pourra avoir lieu qu'à partir du jour indiqué, *ex die, dies a quo* * ; et résolutoire, quand l'exercice du droit doit cesser au terme fixé, *in diem, dies ad quem* * [13]. Dans l'un et l'autre de ces deux cas, le terme peut être certain ou incertain, *dies certus, incertus*. On entend par *dies certus* une date certaine, déterminée par le calendrier, par exemple, le 1er janvier 1850, lundi prochain [14]. Tout autre terme est appelé *incertus* [15]. L'incertitude peut se rapporter à la question de savoir quand le jour arrivera, *incertus quando* *, ou bien il peut même être incertain s'il arrivera jamais, *incertus an* *. Toutefois, ce qu'on appelle terme incertain sous ce dernier rapport, *incertus an*, n'est pas un simple terme : il implique une véritable condition [16]. Cette observation n'est pas une vaine subtilité ; car la condition et le terme diffèrent essentiellement tant par leur nature que par leurs effets. En effet, la condition, comme nous l'avons dit, est un événement futur et incertain d'où dépend l'efficacité de l'acte, tandis que le terme ne sert qu'à déterminer l'époque à laquelle on peut exercer le droit créé par l'acte. La condition suspend l'existence du droit que l'acte a pour but de créer [17], le terme, au contraire, suppose l'existence de ce droit dont il ne fait que retarder l'exécution [18]. Il en résulte, entre autres

solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est ». Cf. ci-dessus, § 35, note 14. — Par contre, des *conditions tacites* (dans le double sens des notes 1 et 9) ne font pas obstacle à la validité de l'acte si elles ne rendent pas incertaine l'intention de l'agent. Fr. 77 in f. D., *cité,* et ci-après, § 141, notes 12-14. *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 311 *in fine.*

[12] La division en terme *suspensif* et terme *résolutoire,* quoique manquant aussi de la précision désirable en droit, n'a pas le vice capital de la même division appliquée aux conditions. (*Voy.* ci-dessus, notes 3 sqq.). Car le mot *suspensif* a ici une autre signification qu'en matière de conditions : ici SUSPENDRE veut dire, non pas : « *mettre en doute* l'effet de l'acte, » mais : « *différer, ajourner* cet effet. »

[13] Les Romains disent dans ces deux hypothèses que l'effet se produit *ex die* ou bien *in diem, ad diem.* Fr. 44, § 1, D., *de obligat. et act.* 44, 7. — Fr. 5, D., *quando dies ususfructus cedat* 7, 3. — Fr. 34, D., *de hered. instit.* 28, 5. *Voy.* cependant GAIUS, IV, 67. — § 2, I., *de verb. obligat.* 3, 15.

[14] Fr. 21, pr. D., *quando dies legat. cedat* 36, 2. « Si dies adposita legato non est, præsens debetur.... Si *certa* est, veluti Kalendis Ianuariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest (ci-après, note 19). Fr. 1, § 1, D., *de condic. et demonstr.* 35, 1. — Fr. 41. 46, pr. Fr. 47, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[15] Fr. 16, § 1. Fr. 17, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 12, § 1, D., *de legatis II* (31). — Fr. 1, pr. § 1. 2, D., *de condic. et dem.* 35, 1. — Fr. 21, pr. Fr. 22, D., *quando dies legatorum cedat* 36, 2.

[16] Cf. ci-dessus, note 2. Il importe de faire observer que, dans les successions à cause de mort, cette proposition, vraie en thèse générale, subit des modifications importantes. Cf. ci-après, t. III, § 387, notes 6-9 ; § 418, notes 68-71.

[17] Nous ne parlons ici que des conditions ajoutées à un acte qui a pour but de créer un droit (conditions dites suspensives); mais le même raisonnement s'applique aux conditions dites résolutoires. *Voy.* ci-après, t. II, § 205, no 1, A. B. C.

[18] Quelques textes du Digeste semblent contraires, en ce qui concerne des droits réels établis

conséquences, que si les parties contractantes ont ajouté à l'acte une modification qu'elles qualifient de condition, mais qui réellement consiste en un fait qui doit nécessairement arriver, cette modification est un véritable terme et doit être envisagée comme tel : le droit auquel l'acte se rapporte existera dès aujourd'hui ; seulement l'exécution en sera différée. Par contre, si les parties ont donné la qualification de terme à un événement qui peut ne pas arriver, il est évident que cette modification prend la nature de la condition et doit en produire l'effet, c'est-à-dire que l'existence du droit auquel l'acte se rapporte est suspendu jusqu'à ce que l'événement arrive [19]. Il suffit ici d'établir cette différence fondamentale dont nous tirerons par la suite des conséquences très-importantes.

Le mot *modus* a une signification assez vague [20]. Comme terme technique, désignant une clause qui produit des effets déterminés, il ne se rencontre guère que dans les actes de libéralité, par exemple, dans les donations et dans les testaments [21]. Il a pour but d'imposer certaines obligations à la personne à laquelle on accorde la libéralité. Dans le langage vulgaire, et même dans celui de nos jurisconsultes, le *modus* est aussi appelé *causa* et parfois même *condicio* [22]. Cependant le *modus* proprement dit diffère de la condition en ce que 1° le *modus* ne suspend pas l'effet de l'acte auquel il est ajouté : souvent même le produit de l'acte doit servir à l'exécution du *modus;* 2° on ne peut pas exiger l'accomplissement de la condition quand même elle dépendrait de la volonté de la personne qui doit acquérir le droit, tandis qu'on peut exiger l'exécution du *modus* de la part de celui qui en est chargé [23]. Au reste, il est évident

ex die. Fr. 1, § 2, D., *quibus modis usufructus amittitur* 7, 4 ; Fr. 9, § 2, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9 ; Fr. 72, § 5, D., *de condic. et dem.* 35, 1. Mais il est à remarquer que ces fragments traitent de dispositions à cause de mort, c'est-à-dire de dispositions qui doivent recevoir une solution, quelque peu rationnelles qu'elles soient. Cf. ci-après, t. III, § 389 *in fine*. Car il n'est pas à méconnaître que la création d'un droit réel *ex die* contient, en thèse générale, quelque chose d'irrationnel. Cf. ci-après, § 94, n° 3 et § 156, *in fine*.

[19] § 2. 4, I., *de verb. obl.* 3. 15. – Fr. 10. 16, D., *de condict. indebiti* 12. 6. – Fr. 13, § 5, D., *de pignoribus* 20. 1. – Fr. 38, § 1, D., *de adquir. possessione* 41, 2. – Fr. 41, § 1. Fr. 46, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 213, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. — Cf. ci-après, t. II, § 205, n° I, *A*, 1 et n° II ; t. III, §§ 387. 418. 420.

[20] Fr. 92, D., *de hered. instit.* 28, 5. – Fr. 44, § 5, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 72, D., *de fideiussoribus* 46, 3. Cf. ci-après, notes 22 et 25.

[21] C'est aussi aux endroits où nous traiterons des Donations et des Successions à cause de mort, que nous exposerons en détail les règles sur la nature et les effets du *modus*. Ci-après, t. II, § 205, III. et § 256, n° 3 ; t. III, §§ 387. 418.

[22] *A*) Inscr. tit. et Fr. 80, D., *de condic. et dem. et causis et modis eorum quæ testamento scribuntur* 35, 1. — *B*) *Voy.* ci-après, note 25.

[23] Fr. 71. pr. D., *de condic. et dem.* 35, 1. – Fr. 80, D., *eodem.* « Eas causas quæ protinus agentem repellunt, in fideicommissis pro condicionalibus observari oportet : eas vero quæ habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata. Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, *si* monumentum fecerit, et eum, cui datum est, *ut* monumentum faciat. » Cf. ci-après, § 387, note 75. – Fr. 17, § 2, D., *de manumiss. test.* 40, 4. « Hac scriptura testamenti : *Pamphilus*

que, si les parties ont donné la qualification de *modus* à un fait de l'accomplissement duquel dépend l'acquisition du droit, ce fait constitue une véritable condition et en produit les effets.

Observation 1. Habituellement et logiquement on se sert des conjonctions si, cum, ut pour désigner respectivement la condition, le terme et le *modus* [24]. Mais ce langage exact n'est pas toujours suivi par les parties : nous trouvons même des passages de nos lois dans lesquels les mots *condicio*, *dies*, *modus* sont employés l'un pour l'autre [25]. Il va de soi que, pour déterminer la nature et l'effet des actes, il faut plutôt considérer l'intention réelle des parties que les termes dont elles ont pu se servir [26]. Si, à cet égard, il y avait doute entre la condition d'une part et le terme ou le *modus* d'autre part, il y a lieu de se prononcer plutôt contre la condition [27], conformément à la règle d'interprétation, qui veut que l'on accorde aux dispositions douteuses le sens qui leur donne plus sûrement de l'efficacité [28].

Observation 2. Il importe de mentionner ici encore l'acception toute particulière du mot *dies* dans les phrases *dies cedit* ou *cessit* et *dies venit*. On dit que *dies cedit* ou *cessit* du jour où l'on a acquis un droit, tandis que *dies venit* alors qu'on peut en exiger l'exécution. Dans les actes qui ne contiennent ni terme, ni condition, *dies cedit* et *venit* au moment de la passation de l'acte; dans un acte qui contient un terme sans condition, *dies cedit* à l'instant, tandis que *dies venit* à l'arrivée du terme [29].

liber esto, ita ut filiis meis rationes reddat, an sub condicione libertas data videatur? quæsitum est. Respondit : pure quidem datam libertatem videri, et illam adiectionem, *ita ut rationes reddat*, condicionem libertati non iniicere, tamen, quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas. » — Fr. 44, D., *eodem*. — Fr. 41, pr. D., *de contr. emt.* 18, 1. « ... Si vero sub condicione facta emtio est, non poterit agi, ut condicio impleatur. »

[24] Fr. 80, D., *de condic. et dem.* 35, 1. — Fr. 45. 46, D., *de verb. obl.* 45, 1 et *passim*.

[25] Fr. 8, § 7, D., *de cond. instit.* 28, 7. — Fr. 71, § 1. Fr. 80. 108, D., *de cond. et dem.* 35, 1. — Fr. 2, § 7. Fr. 3, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 17. 44, D., *de manumissis testamento* 40, 4. — Fr. 45. D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 1, C., *de his quæ sub modo relinquuntur* 6, 45.

[26] *Voy.* ci-après, § 37, note 3.

[27] Arg. Fr. 8, § 7, D., *de condic. instit.* 28, 7. — Fr. 17, § 2. Fr. 44, D., *de manumissis testamento* 40, 4, ci-dessus, note 23. — Cf. ci-après, t. III, § 387 *in fine*.

[28] *Voy.* ci-après, § 37, note 10, et cf. t. II, § 249, notes 14. 28. On invoque aussi à l'appui la règle d'interprétation d'après laquelle *semper in obscuris quod minimum est sequimur*. Fr. 9, D., *de regulis iuris* 50, 17, et ci-après, § 37, note 7; mais cet argument n'est pas d'une valeur absolue dans les dispositions de dernière volonté. Cf. ci-après, t. III, § 387 *in fine*.

[29] Fr. 213, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Cedere diem* significat, incipere deberi pecuniam : *venire diem* significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub condicione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc condicione. » — *Voy.* ci-après, t. III, § 420, les détails sur cette terminologie, qui est surtout importante en matière de legs.

DE L'INTERPRÉTATION DES ACTES.

§ 37.

L'acte juridique étant une déclaration de volonté, il faut avant tout rechercher quel a été le but que les personnes qui l'ont fait s'étaient proposé. Dans l'interprétation des termes employés, nous nous arrêterons ordinairement au sens que l'usage leur attribue [1]; toutefois, nous serons obligé de nous écarter de cette règle quand il résultera évidemment des circonstances qu'on leur a voulu donner une autre signification, *quilibet est optimus verborum suorum interpres* * [2]; car on doit, en général, avoir plus d'égard à l'intention des parties qu'au sens littéral des termes [3].

Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la nature de l'acte. *Interpretatio facienda est secundum naturam negotii* * [4]. — Dans le doute, les dispositions d'un acte s'interprètent contre celui en faveur de qui elles sont faites; car il ne peut imputer qu'à lui-même de n'avoir pas mieux déterminé la nature de l'avantage qu'il veut obtenir. *Interpretatio facienda est contra eum qui clarius loqui potuisset ac debuisset* * [5]. Il en résulte que dans les obligations l'interprétation des points douteux doit se faire en faveur du débiteur [6], et que, particulièrement, quand le doute se rapporte à la quotité de la dette, on doit toujours admettre la moindre quotité. *Semper in obscuris, quod*

[1] Fr. 25, § 1, D., *de legatis III* (32). « Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio. » – Fr. 69, pr. D., *eodem*. « Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sanxisse testatorem. » Arg. Fr. 34. 114, D., *de reg. iuris* 50, 17. — Applications, Fr. 9-12, D., *de tritico, vino vel oleo legatis* 33, 6.

[2] Fr. 96, D., *de reg. iuris* 50, 17. « In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset. » – Fr. 21, § 1, D., *qui testam. fac.* 28, 1. – Fr. 50, § 3, D. *de legatis I* (30). Cf. Fr. 19, D., *de legibus* 1, 13. — Dans les actes bilatéraux, il est évident que c'est la volonté commune des deux parties qui doit décider. Sous ce rapport, la manière dont l'acte a été exécuté par les parties peut souvent nous guider dans l'interprétation.

[3] Fr. 3, D., *de rebus creditis* 12, 1. « ... In contrahendo, quod agitur, pro canto habendum est ». – Fr. 219, D., *de verb. signif.* 50, 16. « In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit... » – Fr. 24 (23), D., *de rebus dubiis* 34, 5. – L. 3, C., *de liberis præteritis* 6, 28. – L. 23, § 1, in f. C., *de legatis* 6, 37.

[4] Fr. 67, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quæ *rei gerendæ aptior est.* » – Fr. 11, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 29, D., *locati* 19, 2. – Fr. 16, D., *de cond. et dem.* 35, 1. – Fr. 43, pr. D., *de damno infecto* 39, 2.

[5] Fr. 39, D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 21. 33, D., *de contrah. emt.* 18, 1. – Fr. 172, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — Mais *voy.* Fr. 66, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 24 (25), D., *de rebus dubiis* 34, 5. – Fr. 85, pr. Fr. 179, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[6] Fr. 26, D., *de rebus dubiis* 34, 5. « Cum quæritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est. » – Fr. 38, § 18, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 97, pr. D., *eodem*. « Quidquid adstringendæ obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere... » – Fr. 21. 33, D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

minimum est sequimur [7]. Cette règle est encore fondée sur ce qu'on ne doit pas admettre sans motif que quelqu'un ait voulu s'imposer une obligation ou se priver de quelque chose. C'est par des motifs analogues que les actes de pure libéralité ne se présument pas facilement, et que les renonciations doivent toujours être interprétées de la manière la plus étroite [8].

Il va sans dire que, dans un acte qui contient diverses dispositions connexes, toutes les clauses doivent s'interpréter les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

Enfin, comme on ne peut raisonnablement supposer que les parties aient voulu faire quelque chose d'inutile ou d'illusoire [9], on doit, autant que possible, interpréter les dispositions d'un acte dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet [10].

DU TEMPS.

§ 38. *Computatio civilis. Computatio naturalis.*

En droit romain, on distingue les parties suivantes du temps [1] :

1° Le jour, *dies,* qui peut être civil ou naturel. Le *dies civilis* commence à minuit pour finir à minuit, et se divise en vingt-quatre heures égales [2]. Le *dies naturalis* est l'espace qui s'écoule entre deux levers de soleil. Dans cet espace on comptait douze heures de jour depuis le lever jusqu'au coucher du soleil, et douze heures de nuit depuis le coucher du soleil jusqu'au lever suivant, de sorte que la durée des heures variait selon la longueur du jour et de la nuit. Malgré ces variations, midi est cependant

[7] Fr. 9. 34, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Fr. 39, § 6, D., *de legatis I* (30). — Fr. 99, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1.

[8] Arg. Fr. 25, D., *de probat.* 22, 3. — Fr. 47, § 1, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 67, § 3, D., *de condict. indeb.* 12, 6. — Arg. L. 21, C., *ad Sc. Vellei.* 4, 29.

[9] Fr. 67, *de reg. iuris* 50, 17. *Voy.* ci-dessus, note 4.

[10] Fr. 80, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. » — Fr. 34, § 1, D., *de legatis II* (31). — Fr. 12, D., *de rebus dubiis* 34, 5. « ... Ut res de qua agitur, magis valeat, quam pereat. — Fr. 21, D., *eodem.* — ~~Fr. 97, D., *de regulis iuris* 50, 17.~~ — Toutefois « quæ... ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. » Fr. 73, § 3, D., *de reg. iuris* 50, 17. — *Voy.* encore Fr. 188, pr. D., *eodem,* et Fr. 10, pr. Fr. 27 (28), D., *de rebus dubiis* 34, 5.

[1] En thèse générale, le droit romain n'admet pas de division moindre que le jour, *dies.* Fr. 8, D., *de feriis* 2, 12. — Fr. 16, § 8, D., *de pignoribus* 20, 1. « eodem die ». — Fr. 25, § 1, D., *de liberis et postumis* 28, 2 « ipsa die.... eodem die ». Cependant si, dans un cas donné, où la priorité de temps est importante, il était constant que tel droit est né à un moment antérieur du même jour, on ne pourrait lui contester la prééminence sur d'autres droits, nés le même jour, mais à des moments postérieurs.

[2] Fr. 8, D., *de feriis* 2, 12. « More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur... » — AULU-GELLE, III, 2 in f. — MACROBE, *Sat.*, I, 3. — CENSORIN, *de die natali,* c. 23. « Ceterum Romani a media nocte ad mediam noctem diem esse existimaverunt. »

toujours la sixième heure du jour, *sexta hora diei*, et minuit la sixième heure de la nuit, *sexta hora noctis* [3]. Quoique dans la vie ordinaire on se servît de cette manière de fixer le temps, nos jurisconsultes prennent habituellement le *dies civilis* pour base de leurs calculs.

2° Le mois, *mensis*. Quand il y a une date déterminée, on compte d'après le calendrier; mais quand il s'agit d'un délai de plusieurs mois pris *in globo*, le mois est censé avoir trente jours [4].

3° L'année, *annus*, compte 365 jours. L'année bissextile, qui a 366 jours, ne compte cependant que comme une année ordinaire, le jour intercalaire, qui est le 24 février, étant censé ne faire qu'un jour avec le 25 février. En d'autres termes, tout ce qui a eu lieu le 24 février est considéré comme se passant le jour suivant [5]. C'est pourquoi le 24 février est appelé *sextus posterior*, tandis que le 25 s'appelle *sextus prior* [6].

Pour déterminer le moment auquel un délai expire, nous trouvons chez les Romains deux modes différents de compter. A la rigueur, un délai n'est expiré que quand le dernier moment en est écoulé : tant que la plus petite partie du délai manque, il n'est pas accompli. Il faudrait donc compter depuis le premier moment jusqu'au dernier, *a momento ad momentum*, ou *ad momenta temporum*, comme disent les Romains [7]. Cette manière de compter, qu'on appelle *computatio naturalis*, est, à la vérité, la plus exacte; mais elle ne laisse pas de présenter quelque inconvénient. Car bien souvent on ignore le moment précis où un délai a commencé, et

[3] CENSORIN., *de die natali*, c. 23. « *Naturalis* dies est tempus ab oriente sole ad occasum, cuius contrarium tempus est nox, ab occasu solis usque ad exortum... In horas duodecim divisum esse diem, noctesque in totidem, vulgo notum; sed hoc credo Romæ post reperta solaria observatum. »

[4] Fr. 28 et 31, § 22, D., *de Ædil. edicto* 21, 1. — Fr. 11, § 6. Fr. 29, § 5, D., *ad legem Iuliam de adulteriis* 48, 5. — L. ult., § 2, 11, C., *de iure deliberandi* 6, 30. — *Nov.* 115, c. 2. — Au reste, dans quelques cas, la loi détermine la durée du mois d'une manière différente. L. 5, pr. C., *de temporibus appellat.* 8, 63. « ... Trium mensium spatiis, id est, nonaginta tribus diebus... » — Sur le Fr. 101, D., *de reg. iuris* 50, 17, *voy.* la note 10.

[5] Fr. 98, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « Cum bissextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas eius natalis dies est : *nam id biduum pro uno die habetur.* Sed posterior dies intercalatur, non prior : ideo, quo anno intercalatum non est sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem habet. » Fr. 3, § 3, in f. D., *de minoribus* 4, 4.

[6] Pour comprendre cette terminologie, il faut se rappeler la manière dont les Romains comptaient les jours des mois. Le 1er mars était *Kalendæ Martiæ*. Puis :

Le 29	février	était	Pridie Kal. Mart.	
Le 28	—	—	Tertius ante K. M.	
Le 27	—	—	Quartus.	
Le 26	—	—	Quintus.	
Le 25	—	—	Sextus prior.	Bissextus dies.
Le 4	jour intercalaire		Sextus posterior.	
Le 23	—	—	Septimus, etc.	

[7] Fr. 6, D., *de usurpationibus* 41, 3. « In usucapionibus non *a momento ad momentum*, sed totum postremum diem computamus. »

par conséquent celui auquel il doit finir [8]. C'est par ce motif qu'en droit on ne tient pas toujours compte des petites divisions du temps, et qu'on se borne habituellement à compter simplement les jours, *ad dies numerare.* On appelle cette manière de compter *computatio civilis* [9].

La *computatio civilis* est la plus usuelle, mais elle admet encore deux procédés différents. Tantôt, en effet, on ne considère le délai comme terminé qu'après l'expiration du dernier jour; tantôt le délai est censé terminé dès que le dernier jour a commencé, *dies cœptus pro iam completo habetur* * [10]. Nous cherchons en vain dans nos sources un principe certain qui puisse nous servir à résoudre la question de savoir lequel de ces deux procédés doit être suivi dans les divers cas qui peuvent se présenter; mais, en analysant les diverses décisions, nous trouvons comme règle probable que le premier procédé doit être appliqué quand il s'agit d'un délai dont l'expiration doit amener la déchéance d'un droit, tandis qu'on suit le second quand l'expiration du délai doit avoir pour résultat l'acquisition d'un droit ou d'une qualité [11].

[8] Cette considération se trouve dans une autre application, au Fr. 8, D., *de feriis* 2, 12. « More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quidquid in his viginti quattuor horis, id est, duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset ».

[9] Fr. 134, D., *de verb. signif.* 50, 16. « .... quia annum (civiliter), non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus ». — Mais le délai comprend-il le jour où il commence, **dies a quo computatur in termino* *? En présence de la rédaction peu précise des textes, cette question est difficile à résoudre, bien que l'on penche généralement en faveur de l'affirmative. Nous nous bornons à citer les passages qui touchent la question. Fr. 5, D., *qui testamenta facere possunt* 28, 1. Fr. 1, § 9, D., *de successorio edicto* 38, 9. – Fr. 1, D., *de manumissionibus* 40, 1. – Fr. 7, D., *de usurpationibus* 41, 3. – Fr. 6, D., *de obligat. et act.* 44, 7. – Fr. 30, § 1, D., *ad legem Iuliam de adulteriis* 48, 5. – Fr. 1, § 5. 6, D., *quando appellandum sit* 49, 4 – Fr. 134, D., *de verb. signif.* 50, 16. – Fr. 101, D., *de regulis iuris* 50, 17. Cf. Aulu-Gelle, III, 2, 12.

[10] Quelques auteurs ont étendu cette règle aux autres divisions du temps, en soutenant qu'un mois, un an, etc., commencés devaient être considérés comme étant déjà accomplis. Cette extension, vraiment arbitraire, ne peut être admise : la disposition tout exceptionnelle et particulière du Fr. 8, D., *de muneribus* 50, 4. « Ad rempublicam administrandam ante xxv annum..... admitti minores non oportet.... Annus autem vicesimus quintus cœptus pro pleno habetur », qui est reproduite au Fr. 74, § 1, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1, ne saurait être appliquée par analogie. Les Fr. 5. 8. 22, D., *de annuis legatis* 33, 1, appartiennent à un autre ordre d'idées. *Voy.* t. III, § 430.

[11] Ainsi, dans la prescription extinctive des actions on suit le premier procédé, tandis que dans l'usucapion, mode d'acquisition, *nec totus dies exigitur ad explendum tempus.* Fr. 6, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. – Fr. 15, pr. D., *de diversis temporalibus præscriptionibus* 44, 3. Cf. ci-après, § 59, note 12 et § 113, *E.* — D'autres décisions : Fr. 5, D., *qui testamenta facere possunt* 28, 5. – Fr. 1, § 9, D., *de successorio edicto* 38, 9. – Fr. 1, D., *de manumissionibus* 40, 1. – Fr. 6. 7, D., *de usurpationibus et usucapionibus* 41, 3. – Fr. 30, § 1, D., *ad legem Iuliam de adulteriis* 48, 5. – Fr. 132, pr. Fr. 134, D., *de verb. signif.* 50, 16. – Fr. 101, D., *de regulis iuris* 50, 17. – Cf. Aulu-Gelle, III, 2, 12, combiné avec Gaius I, 111 et Macrobe, *Saturn.*, I, 3.

§ 39. *Continuum, utile tempus.*

Quand le préteur, pour combler les lacunes de la législation, créait des remèdes de droit nouveaux, il accordait ordinairement des délais relativement très-courts pour en user [1]; mais il avait l'habitude de ne compter dans ces délais que les jours où il avait été possible à la partie de faire les actes nécessaires pour faire valoir le droit qui lui était offert. Ces jours étaient appelés *utiles*, et, par suite, le délai *tempus utile* en opposition aux délais dans lesquels on comptait tous les jours sans distinction, *tempus continuum* [2]. — Les causes qui, dans un cas donné, peuvent former obstacle à ce que nous fassions les actes nécessaires pour user d'une faveur que le magistrat ou la loi nous offre, sont très-variées, mais peuvent être ramenées aux quatre faits suivants : 1° le tribunal du magistrat n'est pas accessible tous les jours; 2° il se peut qu'une autre partie, dont la présence est nécessaire, se trouve absente; 3° nous pouvons nous-même être empêché par des motifs légitimes; 4° notre inaction peut provenir de l'ignorance dans laquelle nous nous trouvons quant à l'existence du droit qui nous est ouvert [3]. Dans tous ces cas, il peut y avoir lieu à décompter les jours inutiles. La loi ne trace pas de règles

[1] Le plus long délai est d'un an; nous trouvons en outre des délais de quatre mois, de cent jours, de soixante jours, etc. Les actions édilitiennes du chef de vices rédhibitoires devaient être intentées dans les six ou dans les deux mois. Cf. ci-après, t. II, § 215.

[2] § 16, I., *de excusationibus* 1, 25. – Fr. 19, § 6, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. – Fr. 1, § 9, D., *de adgnoscendis liberis* 25, 3. – Fr. 2, D., *quis ordo*. 38. 15. – Fr. 31, § 1, D., *de usurpationibus* 41, 3. – Fr. 29, § 5. Fr. 31, D., *ad legem Iuliam de adulteriis* 48, 5. Fr. 1, § 5. 6-11, D., *quando appellandum sit* 49, 4. – L. 8, C., *de dolo malo* 2, 21. – L. 7, C., *de temporibus in integrum restitutionis* 2, 53.

[3] Toutes ces causes sont indiquées dans les passages suivants : Fr. 1, D., *de diversis temporal. præscript.* 44, 3. « Quia tractatus de *utilibus diebus* frequens est, videamus, quid sit, *experiundi potestatem habere*. Et quidem imprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicæ causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Prætoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt quibus ius Prætor reddit. » — Fr. 2, pr. D., *quis ordo in possess. servetur* 38, 15. « *Utile tempus* est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint; scilicet, ut per singulos dies et *scierit et potuerit* admittere : ceterum quacunque die *nescierit aut non potuerit*, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. » — *Voy.* encore Gaius, II, 165. 171-173. Ulpien, XXII, 31. 32.—§ 16, I., *de excusationibus* 1, 25.—Fr. 6, D., *de calumniatoribus* 3, 6. – Fr. 1, § 1, D., *ex quibus causis maiores.* 4, 6. – Fr. 19, § 6. Fr. 55, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1. – Fr. 7, § 1. 2, D., *de bonorum possessionibus* 37, 1. – Fr. 1, D., *de bonorum poss. furiosi* 37, 3. – Fr. 2, § 1. 2. 3. D., *quis ordo.* 38, 15.—Fr. 1, § 7. 10, D., *quando appellandum sit* 49, 4. Cf. Fr. 1, § 15, D., *eodem.* – L. 9, C., *qui admitti ad bonorum possessionem possunt* 6, 9. – L. 19, 22, C., *de iure deliberandi* 6, 30.

générales à ce sujet; il importe cependant de constater que nous ne trouvons aucun délai utile de plus d'un an. Les hypothèses les plus importantes sont celles de la prescription extinctive des actions, de la restitution en entier et de la *bonorum possessio* à titre d'héritier [4].

Observation. Les commentateurs ont l'habitude de donner aux délais utiles motivés par l'une ou l'autre des trois premières causes énumérées ci-dessus la qualification de *tempus utile ratione cursus* *, en opposition aux délais utiles motivés par l'ignorance de l'ouverture du droit, qu'on appelle *tempus utile ratione initii* *. Ensuite, comme les deux catégories de causes peuvent concourir dans la même hypothèse, on a été amené à faire encore d'autres combinaisons et distinctions qui sont, pour le moins, inutiles [5].

TITRE CINQUIÈME.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS PAR VOIE EXTRAJUDICIAIRE.

§ 40. *On ne doit pas se faire justice à soi-même. Du* ius retentionis.

Quand un droit que la loi nous reconnaît est contesté ou lésé, nous pouvons nous adresser à l'autorité judiciaire, à l'effet d'obtenir le maintien de l'état actuel des choses ou la réparation du préjudice qui nous a été causé. En général, il ne nous est pas permis de nous faire justice à nous-mêmes. Nous ne pouvons ni nous emparer de la chose détenue par un autre, en nous fondant sur ce qu'elle nous appartient, ni retenir la chose d'un autre, afin de le forcer à nous faire une prestation que nous soutenons nous être due.

Ce principe ne se trouvait pas écrit d'une manière aussi générale dans la législation romaine [1]; mais il était consacré par différentes dispositions

[4] *Voy.* ci-après, § 59, n° 3; § 73, et t. III, § 372.

[5] *Tempus continuum ratione initii et ratione cursus*, le délai ordinaire; *tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus; tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus; tempus utile ratione initii et ratione cursus.*

[1] Nous avons fait observer ci-dessus, n° 19, qu'originairement, il était permis, au moins dans certains cas, d'essayer de se faire justice à soi-même et que la législation de Justinien a encore

particulières qui furent étendues par la suite et finirent par embrasser tous les cas imaginables. D'abord, celui qui, pour se faire justice à lui-même, employait des voies de fait, était passible des peines comminées par les lois criminelles, parmi lesquelles on distingue surtout la loi *Iulia de vi* [2]. Nous verrons ci-après que toute tentative de ce genre qui était dirigée contre la chose détenue par un autre était aussi civilement réprimée par les interdits possessoires, actions accordées à quiconque possède une chose, abstraction faite de la question de savoir s'il a ou non le droit de la posséder. Il en résultait qu'il n'était point permis, même au propriétaire de la chose, de s'en emparer contre la volonté de la personne qui la possédait, et qu'il était obligé de suivre la voie légale pour la recouvrer. Sous ce rapport, les interdits possessoires étaient donc indirectement une barrière puissante contre tout essai de se faire justice à soi-même; mais ils n'étaient pas d'une application assez étendue pour embrasser tous les cas dans lesquels quelqu'un peut tenter de se faire justice à lui-même [3].

Cette lacune fut comblée par diverses constitutions impériales. D'abord un décret de Marc-Aurèle avait fait perdre sa créance, *ius crediti*, à un créancier qui, de sa propre autorité, s'était emparé d'une chose qui lui était due [4]. Après quelques modifications, il fut posé en principe que celui qui se mettrait par force en possession d'une chose quelconque encourrait une peine égale à la valeur de l'objet, c'est-à-dire qu'il perdrait la chose si le droit lui appartenait réellement, et qu'au cas contraire, il devrait en donner la valeur [5].

conservé des traces de cet ancien usage; mais il est à remarquer que ces procédés amenaient toujours, en cas de résistance, l'intervention de l'autorité judiciaire. Cf. ci-après, § 45, n°s 4. 5 et OBSERVATION.

[2] § 6, I., *de interdictis* 4, 15. – Titt. D., *ad legem Iuliam de vi publica et privata* 48, 6. 7; Th. C., *eodem* 9, 10; I. C., *eodem* 9, 12. — *Voy.* encore tit. I., *de vi bonorum raptorum* 4, 2. – Tit. D., *vi bonorum raptorum* 47, 8. – Tit. C., *eodem* 9, 33.

[3] *Voy.* ci-après, §§ 88-90. — Suivant les circonstances, il peut, au reste, se faire que nous ayons d'autres actions pour réparer le tort que nous subissons par suite des tentatives que quelqu'un fait contre nous à l'effet de se faire justice à lui-même. Exemples : Fr. 29, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2.

[4] Fr. 7, D., *ad legem Iuliam de vi privata* 48, 7. « Creditores, si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent : alioquin, si in rem debitoris sui intraverint, nullo id concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti hæc sunt : *Optimum est ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris*... Et cum Marcianus diceret : *Vim nullam feci*, Cæsar dixit : *Tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit : non puto autem nec verecundiæ, nec dignitati tuæ convenire quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, non ab ipso sibi traditam, sine ullo iudice tenere possidere, eumque sibi ius in ea re dixisse, ius crediti non habebit.* » – Fr. 8, D., *eodem*. – Fr. 12, § 2. Fr. 13, D., *quod metus causa*. 4, 2. – Fr. 2, § 18, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. – L. 7, C., *unde vi* 8, 4, et § 6, I., *de interdictis* 4, 15.

[5] § 1, I., *de vi bonor. rapt.* 4, 2. « ... Melius divalibus constitutionibus... prospectum est, ut

Au reste, si la loi punit la tentative de se faire justice à soi-même, il n'en est pas moins permis de défendre, même d'une manière violente, son corps et ses biens contre des attaques injustes, pourvu que la défense reste dans les justes bornes. Ce droit, que les jurisconsultes font dériver du *ius naturæ* [6], est expressément reconnu par le *ius civile* et confirmé par plusieurs applications particulières [7]. On est même allé plus loin dans un cas où il a paru difficile de distinguer les limites entre l'attaque et la défense : la loi nous autorise à reprendre de vive force la possession d'une chose dont on nous a dépossédé violemment, mais il faut que nous le fassions à l'instant même, *in ipso congressu* [8].

En général, nous ne pouvons pas non plus de notre seule autorité retenir la chose d'un autre sous prétexte qu'il nous doit [9]. Cependant, dans certains cas où il y a connexité entre la chose et la créance que nous voulons faire valoir [10], la loi nous permet d'agir ainsi jusqu'à ce que nous ayons obtenu satisfaction [11], *retentio, ius retentionis* *; notamment : 1° à cause de dépenses faites pour l'acquisition et la conservation de la chose en question [12]; 2° quand nous avons éprouvé un dommage par la

nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel se moventem, licet suam eamdem rem existimet : sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem eius, etiam æstimationem eiusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant. » — *Voy.* encore L. 5, Th. C., *ad leg. Iuliam de vi* 9, 10. — Fr. 13, D., *quod metus causa*. 4, 2. — L. 7. 10, C., *unde vi* 8, 4, et § 6, I., *de interdictis* 4, 15, ci-après, § 90, n° 1.

[6] *Inculpata tutela, inculpatæ tutelæ moderatio.* Fr. 3, D., *de iustitia et iure* 1, 1. « ... Nam iure hoc (gentium) evenit, ut, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur... » — Fr. 1, § 27, D., *de vi et vi armata* 43, 16. « Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque ius natura comparatur. — Le Fr. 1, § 11, D.. *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 9, 1, fait aux animaux une application assez singulière de ce précepte du *ius naturæ*. *Voy.* ci-après, t. II, § 285.

[7] L. 1, C., *unde vi* 8, 4. « Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet. » Déjà la loi des Douze Tables permettait de tuer le voleur surpris la nuit en flagrant délit, ou surpris le jour dans le même délit, étant armé. Cic., *pro Milone*, 3. — § 2, I., *de lege Aquilia* 4, 3. — Fr. 4. 5, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 54, § 2, D., *de furtis* 47, 2. — Cf. Fr. 9, D., *ad leg. Cornel.* 48, 8, et L. 1, C., *quando liceat unicuique sine iudice se vindicare* 3, 27. — D'autres exemples de *légitime défense* : Fr. 4, pr. 5 pr. Fr. 29. § 1. Fr. 45, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 3, § 9. D., *de vi et vi armata* 43, 16. — L. 1, C., *unde vi* 8, 4. — L. 3. 4, C., *ad legem Corn. de sicariis* 9, 16. Rappelons aussi la dénonciation de nouvel œuvre, *operis novi nuntiatio per manum*, ci-après, t. II, § 285, II.

[8] Fr. 17, D., *de vi et vi armata* 43, 16. « Qui possessionem vi ereptam, vi *in ipso congressu* receperit, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est... »

[9] L. 4, C., *commodati* 4, 23. « Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. »

[10] Une simple créance naturelle suffit à cet effet. *Voy.* ci-après, t. II, § 193.

[11] Fr. 15, § 2, D., *de furtis* 47, 2. « ... Retentionem... quasi pignoris loco. » Le moyen dont on se sert pour faire valoir le droit de rétention est une *exceptio doli*. *Voy.* ci-après, § 99, obs., § 102 sq. § 120, vers la fin, et t. II, § 193, note 7.

[12] Fr. 14, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3. « Impendia autem, quæ, dum proprium meum

chose même que nous retenons [13]. 3° En outre, nous trouvons en matière de gage une application toute spéciale du droit de rétention qui n'exige point de connexité entre la chose retenue et la créance [14].—Pour quelque cause, au reste, que l'on veuille user de ce droit, il faut toujours que le pouvoir sur la chose n'ait pas été établi d'une manière illégale [15].

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS PAR VOIE JUDICIAIRE †.

DES ACTIONS.

I. — Introduction historique.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

§ 41.

Nous avons souvent eu l'occasion de faire remarquer le caractère exclusif et rigoureux du droit civil des Romains. Le titre des Actions nous en fournit de nouvelles preuves. *Actio* est le terme technique pour désigner les moyens que la loi offre aux particuliers à l'effet de faire valoir leurs droits. Or, comme de fait un droit n'a d'utilité qu'en tant qu'on peut le faire valoir, on s'habitua bientôt à considérer l'action comme

fundum existimo, feci,... si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere... » — Fr. 8, pr. D., *de pignor. act.* 13, 7. « Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum *retentionem*, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse; item insulam fulsisse vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere ».— *Voy.* ci-après, § 102 *in fine*, et Fr. 50, § 1, D., *de hered. pet.* 5, 3. — Fr. 27, § 5. Fr. 48, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 6, § 4. Fr. 51, D., *de condict. indeb.* 12, 6. — Fr. 18, § 4, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 2, pr. D., *de lege Rhodia de iactu* 14, 2. — Fr. 1, pr. D., *quibus modis pign. solv.* 20, 6. — Fr. 15, § 2, D., *de furtis* 47, 2.

[13] Fr. 7, § 2, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 9, § 3, D., *eodem.* « Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de præterito quoque damno mihi cavisses. » (Fr. 8, D., *de incendio, ruina, naufragio* 47, 9.)

[14] L. 1, C., *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* 8, 27. *Voy.* ci-après, § 161.

[15] Arg. Fr. 25, D., *de pignoribus* 27, 1. « Cum vitiose, vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est... » — *Voy.* encore la L. 1, C., *unde vi* 8, 4, citée ci-dessus, à la note 7.

† Parmi les ouvrages spéciaux qui, dans les derniers temps, et surtout depuis la découverte de Gaius, ont été publiés sur cette matière, nous avons à signaler : Zimmern, *Traité des actions*, 1829 (formant le tome III de l'*Histoire du droit romain* du même auteur), traduit par M. Etienne. Paris, 1843. — M. Walter, *Histoire de la procédure civile chez les Romains* (extraite de l'*Histoire du droit romain* du même auteur), traduite par M. Ed. Laboulaye. Paris, 1841. — Bonjean, *Traité des actions*, 2 vol. Paris, 1841. — Keller, *der Römische Civil-Process und die Actionen.* Leipzig, 1852. 1855. — M. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess.* Trois tomes. Bonn, 1864-1868. (Le tome quatrième de cet important ouvrage traite du droit barbare et germanique.)

devant nécessairement accompagner tout droit, et, dans le langage des Romains, un rapport quelconque ne reçoit le nom de droit que lorsque la loi positive a créé une action pour le protéger [1]. L'efficacité de cette protection consiste dans la condamnation de celui qui a lésé ou contesté notre droit. Or, la nature de la condamnation était chez les Romains déterminée d'avance par des formules conçues en des termes sacramentels. Il en résultait qu'une demande qui ne s'adaptait pas entièrement à une formule existante ne pouvait être admise quand même elle aurait été conforme aux idées de justice et d'équité : le droit des Quirites n'avait pas créé de condamnation pour ce cas; par conséquent personne ne pouvait invoquer de ce chef la protection des magistrats établis par le *ius civile* [2]. A la longue cependant, ce système étroit dut paraître insuffisant. Les transactions sociales faisaient naître des rapports de droit que la loi n'avait pas prévus, et l'extension du commerce exigeait des réformes que la législature ne pouvait pas toujours effectuer. Le préteur, les jurisconsultes et les empereurs comblèrent cette lacune : ils créèrent des actions nouvelles, et par là ils attribuèrent le caractère de droit à des relations qui ne l'avaient pas eu auparavant. Car, avoir une action, c'est avoir un droit, puisque l'action n'est autre chose que le moyen civil de faire valoir un droit. Aussi, dans la pratique romaine, les mots action et droit sont synonymes à tel point que, dans la plupart des cas, quand il s'agit de déterminer la nature d'une relation quelconque, les jurisconsultes ne se demandent pas quel est le droit qui en résulte, mais bien quelle est l'action qu'on peut intenter de ce chef.

D'après cela, on comprendra aisément combien la connaissance de la théorie des actions est nécessaire à quiconque veut saisir le droit romain dans son développement successif. A la rigueur, nous n'aurions point à nous occuper de la procédure; toutefois, comme les formes de la procédure ont exercé une influence notable, même sur le droit matériel, il sera nécessaire d'en dire quelques mots.

MODE DE PROCÉDER.

§ 42. *Aperçu général.*

Ce que nous appelons pouvoir judiciaire n'existait point à Rome comme un pouvoir séparé. Dans le principe, l'unique magistrat du peuple, le roi,

[1] C'est ainsi qu'on refuse le nom d'*obligatio* à l'obligation naturelle qui n'est point protégée par une action (Fr. 7, § 4, D., *de pactis* 2, 14; Fr. 10, D., *de verb. signif.* 50, 16, et ci-après, t. II, § 195) et que l'on dit fréquemment *actio* pour *obligatio*. Fr. 8, § 11, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 10, D., *emti* 19, 1. — Fr. 3, pr. D., *de bonorum possessionibus* 37, 1, combiné avec Fr. 49, D., *de verb. signif.* 50, 16. Cf. Fr. 91, D., *eodem*.

[2] On peut se faire une idée de la sévérité avec laquelle ce principe était appliqué, en lisant

avait parmi ses autres attributions, que nous ferions entrer aujourd'hui dans le domaine du pouvoir exécutif ou administratif, la charge de rendre la justice aux particuliers. Ces attributions passèrent ensuite dans leur ensemble aux consuls, et le préteur urbain, que nous voyons figurer comme magistrat régulier depuis 387, avait les mémes pouvoirs, à la seule différence près que son *imperium* était borné à la ville de Rome. Cette limitation eut naturellement pour effet de faire de l'administration de la justice son occupation principale et presque exclusive, bien que les consuls et même d'autres magistrats, spécialement les Édiles, pussent y concourir également [1]. Quoi qu'il en soit, comme cette administration n'appartenait point à toutes les charges qui furent créées pendant la république, on fut amené à la distinguer, sous le nom de *iurisdictio*, comme un élément spécial propre à certaines magistratures [2]. Le besoin de déterminer avec quelque précision les limites de ce pouvoir se fit sentir davantage lorsque les municipes et les villes libres furent entrés dans la cité romaine : car les magistrats municipaux continuèrent pendant longtemps à rendre la justice aux bourgeois de leurs villes, *ius dicere;* mais ils n'avaient évidemment aucun *imperium*. Ainsi, l'on finit par distinguer les magistrats ayant l'*imperium* avec *iurisdictio*, ou, comme on disait, *imperium mixtum;* les magistrats ayant l'*imperium* dépourvu de *iurisdictio* et appelé *potestas* ou *imperium merum* [3]; enfin, ceux qui, comme les magistrats municipaux, étaient bornés à la simple *iurisdictio*. Malgré l'apparente précision de cette terminologie, les notions qu'elle a pour but de déterminer restèrent toujours plus ou moins vagues et elles échappent à une analyse exacte [4]. Aussi nous abstiendrons-nous de nous

GAIUS, IV, 11. « ... Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione *vites* nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset *arbores* nominare, eo quod lex XII Tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. »

[1] *Voy.* ci-dessus, n°s 57. 59. 152. 164.

[2] C'est à cette époque qu'appartient l'analyse plus célèbre qu'exacte des éléments renfermés dans la juridiction du préteur : Do, DICO, ADDICO, à laquelle se rapporte le vers d'OVIDE, *Fasti*, 47. « (Dies) ille nefastus erit, per quem *tria verba* silentur. » Cf. MACROBE, *Saturn.*, I, 16. « Fasti sunt quibus licet fari prætori tria verba solennia : Do, dico, addico... » Cf. VARRON, *de l. l.*, VI, 29 (V, 4. Gothofr. – p. 59, Bipont.), ci-dessus, n° 134.

[3] ULPIEN, Fr. 3, D., *de iurisdictione* 2, 1. « *Imperium* aut *merum* est, aut *mixtum* est. *Merum* est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam Potestas appellatur. *Mixtum* est imperium, cui etiam *iurisdictio* inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. »

[4] En comparant le passage transcrit dans la note précédente avec d'autres textes, notamment avec les Fr. 1. 2. 4, D., *eodem*, et le tit. D., *de officio eius cui mandata est iurisdictio* 1, 21, on acquiert la conviction que la terminologie exposée par Ulpien n'était ni généralement adoptée ni comprise d'une manière uniforme. Cette incertitude se trahit, au reste, dans plus d'un passage des jurisconsultes classiques. Ainsi PAUL, Fr. 26, D., *ad municipalem* 50, 1, refuse au magistrat municipal le pouvoir de faire certains actes, parce que ces actes « *magis* imperii sunt quam iurisdictionis; » et la même raison se trouve dans un passage d'ULPIEN, Fr. 4, D., *de iurisd.* 2, 1. — Quelque choquante que paraisse cette incertitude au point de vue théorique, il est probab e que

étendre davantage sur la matière [5], et nous renvoyons pour les détails de l'organisation judiciaire à l'introduction historique, où nous avons réuni tout ce qui est nécessaire pour l'intelligence de la procédure romaine [6].

C'est également à l'introduction historique que nous pouvons renvoyer pour les détails du mode de procéder qui était suivi à Rome [7], en nous bornant ici à rappeler que, dans les premiers temps, les rois et les *prætores* statuaient sur les contestations entre citoyens avec le concours des deux jurys nationaux qui existaient à Rome sous les noms de decemvirs et de centumvirs; que cependant, de bonne heure déjà, il fut également admis que les parties pourraient soumettre l'appréciation des faits qui avaient donné lieu au procès à des arbitres ou juges privés (*iudex, arbitri, recuperatores*), auxquels le préteur traçait la ligne à suivre dans l'examen des faits qui leur étaient soumis, et que ce mode d'agir développa et fixa d'une manière précise [8] un principe qui domine jusque dans les derniers temps de l'empire toute la procédure civile des Romains : la séparation du *ius* et du *iudicium*. Les plaideurs se présentaient devant le préteur et lui exposaient leurs prétentions respectives. Quand dès le premier abord tous les faits étaient clairs, le préteur condamnait ou renvoyait le défendeur sur-le-champ [9]; mais ce cas était naturellement fort rare. Or, toutes les fois qu'il y avait contestation sur les faits allégués par les parties, le magistrat ne jugeait point la cause; il se bornait à l'instruire, c'est-à-dire qu'il examinait si, en supposant vrais les faits avancés

dans la pratique elle entraînait moins d'inconvénients qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Que ceux qui s'en étonnent se rappellent combien peu encore nos idées sur la division des pouvoirs sont arrêtées aujourd'hui. Et pour citer un exemple plus pratique, les termes « droits civils, délits politiques, délits de presse, » que nous voyons employés sans scrupule dans nos codes, dans nos constitutions, dans nos ouvrages théoriques, ont-ils une signification beaucoup plus précise que le terme romain dont nous venons de parler?

[5] Mentionnons seulement, comme hors-d'œuvre, 1° que les Romains admettaient comme nous la division en *iurisdictio voluntaria* et *contentiosa* (Fr. 2, D., *de officio proconsulis* 1, 16); 2° que les mots *iuris dictio* et *officium ius dicentis* sont, en général, synonymes, mais que cependant le dernier terme est parfois employé dans une signification plus étendue, qui embrasse diverses attributions non comprises dans la simple *iuris dictio*, par exemple, la faculté de présider à une *legis actio* (Paul, II, 25, 4), ainsi que les attributions qui sont spécialement accordées à tel magistrat déterminé par des dispositions législatives, *cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps. Voy.* Fr. 1, pr. D., *de officio eius cui mandata est iurisdictio* 1, 21. — Fr. 8, pr. § 18, D., *de transact.* 2, 15 (ci-après, t. II, § 296). — Fr. 6, § 2, D., *de tutelis* 26, 1 (ci-après, t. III, § 342). — Fr. 2, D., *de officio eius cui mandata est iurisdictio* 1, 21 (ci-après, t. III, § 347).

[6] *Voy.* ci-dessus, nos 19. 20; 96-101; 104-106; 110 *in fine;* 125-130; 164. 166; 170. 171; et pour les derniers temps de l'empire, nos 220. 225 sqq.

[7] *Voy.* ci-dessus, nos 19. 20. 96 sqq.

[8] Dans les procès qui se jugeaient par le tribunal centumviral, l'on ne distingue pas le *ius* du *iudicium* (*voy.* ci-dessus, no 97); mais il n'est pas à méconnaître qu'au fond, la question soumise aux centumvirs est la même que celle qui était posée aux juges privés, celle de savoir : *si paret rem Ai Ai esse*; *si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere.*

[9] *Voy.* ci-dessus, no 97, et ci-après, § 47.

par la partie demanderesse, ses prétentions méritaient la protection qu'elle réclamait. En cas d'affirmative, il constatait le point sur lequel roulait la contestation et renvoyait les parties devant le juge, qui alors avait à prononcer. A cet effet, le demandeur recevait une instruction, *formula*, par laquelle il était ordonné au juge de condamner le défendeur, si les faits allégués dans la demande étaient établis, et de le renvoyer des poursuites dans le cas contraire : SI PARET, CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. C'était donc devant le juge que la preuve des faits devait être fournie, après que le préteur avait déjà préjugé la question de droit [10]. Tout ce qui se faisait devant le magistrat s'appelait *in iure actum;* les opérations devant le *iudex* étaient des actes *in iudicio*. Ce mode de procéder avait lieu non-seulement devant les préteurs, mais encore devant les autres magistrats de Rome, quand ils exerçaient la juridiction, et spécialement devant les édiles [11]. Dans les municipes, les *duumviri iuri dicundo* et les préfets suivaient le même système [12], ainsi que les gouverneurs et les questeurs dans les provinces [13]. Les empereurs encore et leurs délégués, le préfet du prétoire et le préfet de la ville, rendaient également la justice de cette manière [14].

Toutefois, des exceptions à cette procédure avaient déjà été introduites du temps de la république [15]. Parfois, en effet, le préteur pouvait trouver convenable de se charger exceptionnellement lui-même de l'examen contradictoire des faits contentieux, ce qu'on appelle *cognoscere* [16]. Cette

[10] Nous avons fait observer ci-dessus, n° 97, que cette distinction entre les questions de droit et les questions de fait, qui est la base originaire de la séparation en *ius* et *iudicium*, s'affaiblit avec le temps. Les rapports juridiques se compliquant de plus en plus avec les progrès de la civilisation, il est naturel que l'examen des faits comprenne souvent virtuellement des questions de droit.

[11] *Voy.*, entre autres, Fr. 63, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.

[12] LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, 20 : « DUUMVIR, QUATUORVIR, PRÆFECTUSVE... ITA IUS DICITO, IUDICIA DATO, IUDICARIQUE IUBETO... IUDICIUM DET ITAQUE IUDICARE IUBEAT : IUDEX FIAT, etc. » — *Lex Mamilia*, c. 5 (55). « ... SI QUID ADVERSUS EA FECERIT... H. S. XXV... DARE DAMNAS ESTO, DEQUE EA RECURATORIS, QUI HAC LEGE ERIT, IURISDICTIO RECIPERATORUMQUE DATIO ADDICTIO ESTO. » — PAUL, V, 5, 1. — Fr. 12. 13, pr. D., *de iurisdictione* 2, 1. — Fr. 26. 28. 29, D., *ad municipalem* 50, 1. *Voy.* ci-dessus, n°s 106. 166. 220. 223.

[13] *Voy.* ci-dessus, n°s 110 *in fine*. 170. 223. — GAIUS, II, 278. — ULPIEN, XXV, 12. — Fr. 13, pr. § 1, D., *de iurisdict.* 2, 1. — Fr. 12, § 1, D., *de iudiciis* 5, 1. — Le *procurator* ou *rationalis Cæsaris* qui, dans les provinces de l'empereur, remplissait les fonctions attribuées aux questeurs dans les autres provinces, n'avait point de *iurisdictio*. Fr. 23, § 1, D., *de appellat.* 49, 1. — L. 1, C., *de pedaneis iudicibus* 3, 3. Cf. GAIUS, I, 6.

[14] *A*) Pour l'empereur Fr. 18, § 4, D., *de minor.* 4, 4. — SUÉTONE, *Néron*, 15; *Domitien*, 8. — DION CASSIUS, LX, 4, et ci-dessus, n° 164. — *B*) Pour les deux préfets Fr. 12, § 1, D., *de iudiciis*, 5, 1. — Fr. 1, pr. D., *quis, a quo appelletur* 49, 3.

[15] Nous avons fait observer ci-dessus, n° 97, que, dans les procès qui se jugeaient devant le tribunal des centumvirs, le préteur prenait part au *iudicium* qu'il présidait; mais cette particularité est sans importance pour le point de vue qui nous occupe ici.

[16] Dans un sens plus large, *cognoscere*, comme le mot français connaître, veut dire : statuer en général sur une contestation judiciaire; dans une application spéciale, *cognitio* se dit, sous

marche était surtout suivie quand il s'agissait d'accorder protection à des rapports non prévus par le droit en vigueur. Dans ces hypothèses, en effet, le magistrat, ne pouvant prescrire une marche légale alors que la loi n'en traçait point, devait rechercher lui-même si les faits produits étaient de nature à mériter une protection en dehors des règles légales, protection que lui seul pouvait accorder en vertu de son *imperium* [17]. Des motifs analogues imposèrent ce mode d'instruction aux fonctionnaires impériaux, quand ils devaient appliquer, comme délégués de l'empereur, des dispositions nouvelles et dérogatoires au vieux droit [18], qui leur prescrivaient même souvent expressément de procéder par voie de *cognitio extra ordinem* [19]. Cette tendance fut encore favorisée par l'exemple du prince qui, dès les premiers temps, tout naturellement dans les causes portées devant lui en appel, et bientôt aussi dans les autres procès qu'on lui soumettait, prit l'habitude de statuer à la fois sur le point de fait et sur le point de droit, *cognoscens decernit* [20]. Ce mode, originairement exceptionnel, était donc, vers la fin du troisième siècle, devenu si fréquent que Dioclétien crut convenable d'en faire la règle, en statuant que dorénavant le gouverneur, juge ordinaire de ses administrés, eût à juger seul les procès qui lui étaient soumis, ou bien, s'il en était empêché, à

l'empire, des poursuites criminelles. Mais la signification technique que nous indiquons dans le texte est consacrée par un très-grand nombre de passages, parmi lesquels nous nous bornons à citer : ULPIEN, XXV, 12. — Fr. 2, D., *de his qui sui vel alieni iuris sunt* 1, 6. — Fr. 9, in f. Fr. 19, § 1, D., *de off. præsidis* 1, 18. — Fr. 3, D., *de in int. rest.* 4, 1. — Fr. 23, § 3, D., *quod metus causa.* 4, 2. — Fr. 13, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 3, § 9, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2 et *passim.* Cf. Fr. 7, § 5, D., *de donat. inter V. et U.* 24, 1; Fr. 15, § 1, D., *de testamento militis* 29, 1 ; Fr. 2, § 1, D., *quis ordo in possessionibus servatur* 38, 15; Fr. 2, D., *de re iudicata* 42, 1; Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1, et ci-après, note 20.

[17] Cela est surtout évident pour les restitutions en entier, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, nº 97, en nous réservant les détails pour plus tard. *Voy.* §§ 72. 73. — Il en est de même des cas où le préteur ordonne des cautions et des envois en possession. *Voy.* ci-après, § 70, et t. III, § 372.

[18] Les réformes de la législation impériale qui se rattachent, en les développant, aux principes du vieux *ius civile*, s'introduisent régulièrement au moyen d'une action utile (*voy.* ci-après, § 52, B, nº 1); les *cognitiones extraordinariæ* servent quand il s'agit d'une innovation qui s'écarte de ces principes et réclame un pouvoir discrétionnaire dans le chef de celui qui doit connaître de la cause.

[19] Tit. D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13. — Le Fr. 5, D., *h. t.*, donne une classification stérile et incomplète de ces *extraordinariæ cognitiones* dont l'usage est fort étendu, surtout en matière de tutelle, de fidéicommis, d'aliments, d'honoraires réclamés par les médecins, les professeurs, les avocats, et quand il s'agit de rapports de famille, où les principes rigoureux du *ius civile* se trouvent très-souvent en contradiction avec l'esprit de l'époque.

[20] *Voy.* ci-dessus, nºs 164. 225, et § 6, I., *de iure nat. gent. et civili* 1, 2. — Fr. 1, § 1, D., *de const. princ.* 1, 4. Cf. Inscr. Fr. 210, D., *de verb. signif.* 50, 16, et *Mos. et rom. legum coll.* 1, 11. « ... Inter Claudium... et Evaristum cognovi quod... et decrevi ut... » — L. 3, C., *de quæstionibus* 9, 41. « (Imperator Antoninus) cum cognitionaliter audisset, dixit *rel.* ». — L. 12, pr. C., *de legibus* 1, 14. « Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit .. »

les remettre en entier à des sous-juges délégués [21]. A partir de cette époque, la même autorité juge et les points de droit et les points de fait; et dans le droit de Justinien, nous ne trouvons plus que cette procédure. Cependant, l'ancienne organisation a laissé des traces trop profondes de son influence pour qu'il soit permis de la passer sous silence.

Observation. On a l'habitude d'esquisser de la manière suivante le développement historique exposé dans le paragraphe qui précède : « La « séparation du *ius* et du *iudicium* forme la base de la procédure ordi-« naire des Romains, *ordo iudiciorum*, du temps de la république et dans « les premiers temps de l'empire. Aussi les procès qui se jugeaient ainsi « étaient-ils appelés *iudicia ordinaria* et l'on qualifiait de *iudicia extraor-« dinaria* ceux dans lesquels cette séparation n'était point observée. « Sous l'empire, cette procédure extraordinaire devint de plus en plus « fréquente, et Dioclétien en fit la règle : depuis cet empereur, il n'y « a plus de *iudicia ordinaria :* l'on ne procède plus que *extraordinariis* « *iudiciis*, comme l'attestent Justinien et Théophile [22]. » — Les termes employés dans cet exposé manquent d'exactitude et partant sont de nature à faire naître des erreurs. En effet, quand même nous voudrions faire abstraction de la locution *ordo iudiciorum*, qui n'existe pas dans nos sources [23], il importe de faire observer que c'est à tort que l'on attribue aux mots *ordinarius*, *extra ordinem*, *extraordinarius* un sens exclusif et précis qui ne leur revient pas. D'une part, on les étend trop en considérant comme *extraordinaire* tout procès dans lequel le *ius* n'est pas séparé du *iudicium;* car à ce titre, les causes centumvirales auraient constitué des *iudicia extraordinaria*, ce qui est inadmissible [24]. D'autre part, la signification qu'on donne à ces expressions est beaucoup trop étroite : les Romains, en effet, qualifient de *extra ordinem* tout ce qui s'écarte, de quelque manière que ce soit, d'une règle établie ou admise, et il est certain que, dans les deux textes les plus importants de Justinien et de Théophile, invoqués plus haut, les termes *iudicium ordinarium* et *iudicium*

[21] L. 2, C., *de pedaneis iudicibus* 3, 3. *Voy.* ci-dessus, nº 223, et ci-après, § 48, note 2.

[22] § 8, I., *de interdictis* 4, 15. « De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere; nam quoties *extra ordinem* ius dicitur, *qualia sunt hodie omnia iudicia...* » — Pr. I., *de success. subl.* 3, 12. « Tunc... quando *iudicia ordinaria* in usu fuerunt : sed cum *extraordinariis iudiciis* posteritas usa est... » et Théophile *ad h. l. Voy.* ci-après, note 25.

[23] Il est vrai que l'expression se trouve aux L. 6, § 3, C., *de his qui ad ecclesias confugiunt vel ibi exclamant* 1, 12 et L. 4, C., *de sententiis et interlocutionibus* 7, 45 ; mais il est évident que, dans ces passages, les mots *iudiciorum ordo* ont un sens qui n'a rien de commun avec notre matière. Dans d'autres textes, qui se rapportent plus ou moins à notre ordre d'idées, des locutions analogues se rencontrent à la vérité; mais il suffit de citer le Fr. 2, D., *de extraord. cognit.* 50, 13, pour leur ôter toute force probante dans notre controverse. Le texte cité ordonne, en effet, au *præses*, jugeant *extraordinaria cognitione, ut secundum rei æquitatem et* iurisdictionis ordinem *formam det.* »

[24] *Voy.* ci-dessus, note 15.

extraordinarium ont un sens tout autre que celui qu'on veut leur attribuer [25]. Il convient donc de s'abstenir de cette terminologie; mais la marche générale de la procédure romaine n'en est pas moins, au fond, celle que l'esquisse prémentionnée indique et que nous avons exposée avec les développements nécessaires dans le paragraphe qui précède. Toutefois, il faut bien reconnaître qu'il n'est pas absolument certain que le grand changement opéré dans la procédure vers la fin de la troisième époque soit précisément et uniquement dû à la constitution de Dioclétien, qui figure au code de Justinien comme L. 2, C., *de pedaneis iudicibus*, ce qui, au reste, est d'une importance secondaire [26].

De la procédure jusqu'à Dioclétien.

§ 43. A. *Des* legis actiones.

Anciennement, les procès ne pouvaient être introduits qu'au moyen de certaines formalités sacramentelles, qu'on appelait *legis actiones*. D'après Gaius, ce nom proviendrait ou de ce qu'elles découlaient de la loi, ou bien de ce que les termes en étaient littéralement calqués sur le texte de la loi, de sorte que le moindre changement dans la rédaction aurait eu pour effet de rendre la demande non recevable [1].

Les anciens ne nous donnent aucun renseignement direct sur le but primitif de ces actes introductifs d'instance. Les formalités usitées dans celui qui en est sans contredit le plus ancien nous semblent indiquer qu'ils doivent leur origine au sentiment d'indépendance individuelle qui s'oppose à ce que l'autorité sociale intervienne dans les affaires privées sans l'aveu du citoyen que la chose concerne [2]. Quand le Quirite commet un méfait qui lèse la communauté entière, il est tout naturel que le peuple

[25] Pr. I., *de successionibus sublatis* 3, 12, transcrit ci-dessus, note 21, et Théophile, *ad h. l.* « ἡνίκα τὰ δικαστήρια ὀρδινάρια ἦν, τοῦτ ἐστὶ ἡνίκα ἐκινεῖτο ἐν μόνῳ τῷ καιρῷ τοῦ κονβέντου;... σήμερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων καὶ ἐν παντὶ καιρῷ γυμναζομένων. » (Cum iudicia ordinaria erant, id est, cum movebantur solo tempore conventus;... hodie autem cum iudicia extraordinaria sint atque omni tempore exerceantur) Cf. ci-dessus, nos 101. 110 *in fine*. 170. 225.

[26] *Voy.* ci-après, § 48.

[1] Gaius IV, 11. « Actiones, quas in usu veteres habuerunt, *legis actiones* appellabantur, vel ideo, quod legibus proditæ erant, quia tunc edicta prætoris, quibus complures actiones introductæ sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observantur : unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum rem perdidisse est, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII Tabularum ex qua vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. » Cf. Fr. 1. 11, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7. *Voy.* encore Gaius, IV, 30; Cic., *de orat.*, I, 36 (37); Pomponius, Fr. 2, § 7, D., *de origine iuris* 1, 2; Ulpien, *Vaticana fragmenta*, 318 *in fine*.

[2] Il faut compléter l'exposé que nous donnons ici par ce que nous avons dit ci-dessus, nos 19 et 20.

ou ses représentants agissent à l'effet de punir le coupable. Mais de quel droit jugerait et condamnerait-on un citoyen dont un simple particulier prétend avoir à se plaindre? Pour que cela puisse se faire, il faut que le citoyen ait consenti à se soumettre au jugement [3]. La *legis actio per sacramentum* nous montre comment cette soumission a pu être obtenue. Deux guerriers se disputant un prisonnier de guerre en viennent aux mains [4]. Le roi, attiré par l'altercation, leur ordonne, dans l'intérêt de la discipline militaire, de lâcher l'objet de la contestation [5], et s'informe des causes de la lutte. Chacun prétend que l'esclave lui appartient. Si l'on veut empêcher que le désordre ne se renouvelle, la question doit être vidée. L'un des rivaux en appelle à l'honneur de l'adversaire en le provoquant à un pari : Je te provoque et gage 500 as que l'esclave m'appartient [6]. L'autre, à moins de se déshonorer aux yeux des commilitons, ne saurait refuser la provocation ; il accepte la gageure [7]. L'enjeu est déposé, et le roi, assisté des guerriers présents, est appelé à juger le pari. Mais en jugeant le pari, on décide en même temps implicitement la question de propriété. La partie victorieuse n'a pu gagner que si l'objet litigieux est reconnu lui appartenir [8]. Voilà le moyen trouvé de faire dériver du pouvoir militaire du chef la IURIS *dictio* sur les contestations entre particuliers. Le besoin fit de ce mode un usage constant que la loi elle-même finit par sanctionner. Quand, par la pratique journalière, on se fut ainsi habitué à considérer cette *iuris dictio* comme une attribution naturelle de la magistrature suprême, on dépouilla le procédé usité de ce qui était devenu superflu : la lutte dégénéra en symbole pour nous servir de l'expression moderne [9] ; le pari, originairement essentiel, devint une pure formalité qui se simplifia de plus en plus, et finit par disparaître entièrement. C'est là, au fond, tout le développement historique de l'ancienne procédure telle qu'elle se trouve dans les trois *legis actiones* dont nous avons à parler en premier lieu.

[3] Pourquoi ne rapporterait-on pas à la *iurisdictio* du magistrat la réminiscence des anciennes mœurs qui se trouve chez CICÉRON, *pro Cluentio*, 43? « Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, *nisi qui inter adversarios convenisset?* Cf. ci-dessus, nos 19. 20. 97. 98 *initio*.

[4] *Manuum consertio*. AULU-GELLE, XX, 10, et ci-après, § 117, note 3.

[5] *Mittite ambo hominem*. GAIUS, IV, 16, et ci-après, § 117, note 6.

[6] Rien n'est plus conforme aux mœurs romaines que ces provocations avec gageure, adressées à un adversaire, à l'effet de faire décider une contestation quelconque par un ou plusieurs citoyens, voire par le peuple entier. Cf. ci-dessus, n° 19, et ci-après, § 70, notes 2. 3; t. II, § 266, note 9.

[7] « *Hunc ego hominem meum esse aio : quando negas, te sacramento quinquagenario provoco.— Similiter ego te sacramento quinquagenario te provoco.* » GAIUS, IV, 14. 15. 16, et ci-après, notes 12. 13; § 117, note 9.

[8] Cf. ci-après, notes 16. 17.

[9] Cf. ci-dessus, § 33, note 2.

Gaius nous apprend qu'il y avait cinq *legis actiones*, dont trois servaient au but que nous avons signalé ci-dessus, c'est-à-dire à introduire une cause en justice de manière à en saisir le magistrat. Les deux autres sont plutôt des moyens d'exécution.

1° *Legis actio per sacramentum, sacramenti actio.* C'est évidemment la plus ancienne des *legis actiones.* Elle continua de rester en vigueur comme forme générale, même après que d'autres *actiones* eurent été créées pour des cas particuliers [10]. Les parties, après avoir exposé au préteur leurs prétentions respectives, *intentio* [11], contractaient sur la vérité de leurs assertions un pari, dont elles déposaient l'enjeu, *sacramentum,* entre les mains des pontifes [12]. Le montant de l'enjeu variait d'après l'objet de la contestation [13]. Le dépôt effectué, les parties prenaient l'engagement de se présenter après trente jours devant les centumvirs ou les décemvirs (plus tard, une loi *Pinaria* permit de demander un *iudex* [14]) à l'effet de faire décider laquelle d'entre elles avait fait un *sacramentum iustum* [15] : celle dont le *sacramentum* était déclaré *iniustum* perdait son enjeu en faveur de l'*ærarium* [16]. Le véritable objet de la contestation ne figurait que comme

[10] Gaius, IV, 13. « Sacramenti actio generalis est : [de] quibus enim [rebus], ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur... »

[11] Hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio (ci-après, § 117). — Aio te mihi x millia æris dare oportere. Gaius, IV, 16. — Valerius Probus, IV, 1. p. 1475 Gothofr. (p. 575 Giraud, *Enchiridion.*)

[12] Varron, *de l. l.*, V, 180 (IV, 36 Gothofr. — p. 49 Bipont.), dit que l'argent était disposé *ad pontem.* Il est probable que ces mots doivent être remplacés par « *ad pontificem* » ou « *apud pontifices.* » *Voy.* la note 16.

[13] Gaius, IV, 14. « Pœna autem sacramenti aut quingenaria erat, aut quinquagenaria. Nam de rebus M æris plurisve D assibus, de minoris vero L assibus sacramento contendebatur : nam ita lege XII Tabularum cautum erat. At si de libertate hominis controversia erat, et si pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est favoris causa, ne satisdatione onerarentur adsertores... » — Le même, IV, 95. — Festus, v. *Sacramentum.* — Cic., *de republica* II, 35, mentionne la loi Aternia Tarpeia (cf. ci-dessus, n° 18) comme ayant statué, d'une manière agréable au peuple, *de multa et sacramento.*

[14] Cf. ci-dessus, n° 96. Le but de cette loi, dont la date est inconnue, était probablement de donner au préteur ou aux parties la faculté de remplacer dans les contestations de moindre importance (au-dessous de 1000 *as*) le tribunal centumviral ou décemviral par un simple citoyen, comme cela se faisait dans la *legis actio per iudicis postulationem.* Gaius, IV, 15. « ... ad iudicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur.... XXX iudex : idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem... dabatur iudex, » où la dernière lacune doit sans doute être remplie par *nondum* ou par un autre mot équivalent.

[15] De là les termes *iusto sacramento contendere, sacramentum iustum iudicare, iniustis sacramentis petere.* Cic., *de oratore* I, 10; *pro Cæcina*, 33; *pro Milonè*, 27; *declam. pro domo*, 29.

[16] Gaius, IV, 13. « ... Nam qui victus erat, summam sacramenti præstabat pœnæ nomine, eaque in publicum cedebat... » — Le même, IV, 16. — D'après Festus, l'argent aurait été consacré au culte, et c'est même sur cet usage que Varron fonde l'étymologie du mot *sacramentum.* Varron, *de l. l.*, V, 180 (IV, 36 Gothofr. — p. 49 Bipont). « Ea pecunia quæ in iudicium venit in litibus; *sacramentum* a sacro. Qui petebat, et qui inficiabatur, de aliis rebus uterque D æris ad pontem deponebat, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium. Qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat; victi ad ærarium redibat. » — Festus, v. *Sacramentum* æs significat,

accessoire dans la formule, mais la question se trouvait naturellement décidée par le jugement du pari, puisque la gageure ne pouvait être gagnée que par la partie qui avait raison au fond. Le dépôt de l'enjeu fut plus tard remplacé par des cautions qui prenaient pour les parties l'engagement d'en payer le montant, s'il y avait lieu, *prædes, sponsores* [17].

2° *Legis actio per iudicis postulationem* [18]. La procédure que nous venons de décrire ne pouvait avoir lieu que dans les cas où la décision du tribunal ou du juge devait être rigoureusement OUI ou NON [19]. Il se présente cependant aussi des différends dans lesquels chacune des parties peut avoir plus ou moins tort et raison, et qui, par conséquent, exigent une certaine latitude d'appréciation. C'est pour répondre à ce besoin [20] que déjà la loi des Douze Tables avait créé ou confirmé la *legis actio per iudicis postulationem* dans certaines contestations qui exigent dans le chef de celui qui en doit connaître un pouvoir discrétionnaire d'appréciation [21]. Nous n'avons pas de détails sur cette procédure, qui étendit son empire de plus en plus [22]. Ce qui est certain, c'est qu'on n'y faisait naturellement pas de *sacramentum* et que la contestation était renvoyée, non pas devant les centumvirs ou décemvirs, mais devant un simple citoyen, *iudex* ou *arbiter*, donné par le préteur sur la demande des parties [23]. —

quod pœnæ nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur ; id in aliis rebus L assium est, in aliis D inter eos, qui iudicio inter se contenderent. Qua de re lege L. Papirii tribuni plebis sancitum est his verbis : « Quicumque prætor posthac factus erit, qui inter cives ius dicet, III viros capitales populum rogato, hique III viri sacramenta exigunto iudicantoque, eodemque iure sunto, uti ex legibus plebeique actis exigere iudicareque esseque oportet. Sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est, quod propter ærarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur in rebus divinis. » Cf. ISIDORE, *Orig.*, V, 24, in f. « Sacramentum ut pignus sponsionis : vocatum autem sacramentum, quia violare, quod quisque promittit, perfidiæ est. »

[17] GAIUS, IV, 13. 16. *Voy.* ci-après § 70 et § 117.

[18] Le passage de GAIUS qui traite de cette matière est perdu. Notre exposé contient une hypothèse qui est rendue fort probable par l'ensemble des notions que nous avons sur les *legis actiones* et surtout par la division en *iudicia* et *arbitria* qui domine la procédure vers la fin de la république, comme nous verrons avec plus de détails quand nous traiterons des *actiones stricti iuris, bonæ fidei* et *arbitrariæ*. *Voy.* ci-après, § 51, II.

[19] C'est ce que CIC., *pro Roscio comœdo*, 4, indique, en disant que le *iudex est conclusus in angustissimam formulam sponsionis* (ou *sacramenti*).

[20] C'est, en effet, ce besoin qui rendait nécessaire le remplacement du *sacramentum* par une procédure plus libre; un autre besoin faisait désirer le remplacement des tribunaux permanents par des juges-experts, choisis pour chaque cause suivant la nature des faits à apprécier. *Voy.* la note suivante et ci-dessus, n° 96.

[21] Nous avons indiqué, ci-dessus n° 96, trois espèces de contestations qui présentent ce caractère, mais qui exigent, de plus, dans le chef du juge des connaissances spéciales. Ces deux considérations concourent, en effet, dans notre matière et, plus tard, dans les *arbitria* et *actiones bonæ fidei*. *Voy.* ci-après, § 51, II. — D'après CIC., *de oratore*, I, 56, il paraît que déjà du temps des Douze Tables, l'action de tutelle s'introduisait également au moyen de la *iudicis postulatio*.

[22] *Voy.* ci-après, § 45, note 3 et § 51.

[23] Comme nous l'avons fait observer à la note 18, le feuillet du manuscrit de Vérone, qui

La loi *Pinaria*, comme nous l'avons vu ci-dessus, permit également la dation d'un *iudex* dans l'*actio sacramenti;* mais le jugement, dans ce cas, conservait naturellement le caractère rigoureux qui est la conséquence naturelle du *sacramentum :* aussi le juge n'y était-il jamais qualifié d'*arbiter* [24].

3° *Legis actio per condictionem.* La réforme dont nous venons de parler, tout en réalisant un progrès, avait fait naître une inconséquence au point de vue pratique. Il est, en effet, des contestations qui, tout en se prêtant au jugement rigoureux par OUI ou NON, sont d'une simplicité telle, qu'elles semblent pouvoir être jugées sur-le-champ. Or, comme ces procès devaient s'introduire par le *sacramentum*, ils se trouvaient soumis à des formalités et délais plus longs que ceux introduits par la *iudicis postulatio*, qui cependant, par leur nature, étaient plutôt propres à produire des débats compliqués. Ce fut probablement [25] pour obvier à cet inconvénient qu'une loi *Silia* créa, au commencement du sixième siècle, une procédure fort simple, *per condictionem*, pour le cas où le demandeur réclamait une somme d'argent déterminée, *pecunia certa*, ce qu'une loi *Calpurnia* étendit, peu de temps après, à tous les cas où il s'agit de réclamer une chose déterminée quelconque, *res certa* [26]. Cette procédure n'exigeait ni les formalités ni les délais du *sacramentum;* il est probable aussi qu'elle était plus simple et plus expéditive que celle *per iudicis postulationem*[27]. Le demandeur se bornait, au tribunal du préteur, à ajourner son débiteur à l'effet de se retrouver, trente jours après, devant le même magistrat pour recevoir un juge. C'est de cet ajournement que la procédure reçut le nom de *condictio* [28]. L'action se trouvait ainsi dégagée de toute formalité oiseuse et réduite à ses éléments essentiels et indispensables; cependant la procédure trahit toujours son origine, procédant du *sacramentum*, par les promesses que les plaideurs échangent et qui obli-

contenait la description de cette *legis actio*, est perdu. Malheureusement le passage de GAIUS, IV, 15, où il est question de la *iudicis postulatio ex lege Pinaria*, présente aussi des lacunes essentielles. — La formule de la demande nous a été conservée par VALERIUS PROBUS, IV, 8. p. 1475 Gothofr. (p. 575 Giraud, *Enchir.*) T. P. I. A. V. P. V. D. (Te, prætor, iudicem arbitrumve postulo uti des).

[24] *Voy.* ci-après, § 51.

[25] GAIUS, IV, 20. « Quare autem hæc actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudices postulationem agere, valde quæritur. »

[26] GAIUS, IV, 19.

[27] D'après GAIUS, IV, 15, la procédure de la *iudicis postulatio ex lege Pinaria* paraît, à la vérité, aussi simple et expéditive que celle de la *condictio;* mais le passage cité a des lacunes notables.

[28] FESTUS, v. « *Condicere* est dicendo *denuntiare...* » — LE MÊME, vv. *Condictio. Condictum.* — AULU-GELLE, X, 24, 9. — GAIUS, IV, 18. 29. Cf. § 15, I., *de actionibus* 4, 6, et THÉOPHILE, *ad h. l.* — En disant que *condicere* est synonyme de *denuntiare*, ces auteurs n'ont en vue que la portée pratique de l'opération : l'étymologie du mot, de *cum* et *dicere*, indique évidemment le concours des deux volontés. *Condicere*, comme *constituere*, veut dire *convenir de quelque chose*, particulièrement *convenir d'un lieu et d'un jour, s'ajourner.* TITE-LIVE, I, 32. « ... Condixit pater

gent la partie succombante, au moins quand il s'agit de *pecunia certa*, à payer à titre de peine le tiers de la somme litigieuse, *sponsio et restipulatio tertiæ partis* [29].

4° *Legis actio per manus iniectionem.* User de contrainte physique envers quelqu'un à l'égard duquel on a la conviction d'avoir un droit certain et incontestable, c'est un procédé que les mœurs primitives de Rome admettaient parfaitement dans certaines occasions [30], même sans l'intervention d'aucune autorité publique, sauf naturellement le droit de celui qui se trouve être l'objet de la contrainte de faire résistance et d'amener ainsi le différend devant la justice [31]. Pratiqué dès l'abord en présence du magistrat et conformément aux règles légales qui l'avaient consacré sous le nom de *legis actio per manus iniectionem,* ce mode d'agir servit, depuis la loi des Douze Tables et probablement déjà auparavant, à contraindre les débiteurs condamnés en justice, *iudicati* (ainsi que les personnes qui leur étaient assimilées [32]), à exécuter le jugement prononcé à leur charge [33]. La loi laissait au *iudicatus* trente jours pour s'acquitter [34]. Si, dans ce délai, il n'avait pas satisfait le créancier, celui-ci pouvait l'appréhender au corps (*partem corporis eius prendebat, manum iniiciebat*) et requérir le préteur de le lui adjuger. L'appréhendé, dont le refus d'exécution constatait la mauvaise foi, n'était plus jugé digne de se défendre lui-même : il n'était admis à contester la demande de l'adversaire que s'il trouvait un citoyen, offrant sûreté suffisante, *vindex* [35], qui prît

patratus populi R. Q. patri patrato priscorum Latinorum. — AULU-GELLE, X, 24, 9 « Sacerdotes quoque populi romani cum *condicunt* in diem tertium, diem perendini dicunt ». — JUSTIN, XV, 2. « Tempus et locum coeundi condicunt. » — FESTUS, v. *Condictum,* quod in commune est dictum. — SUÉTONE, *Tibère,* 42 et *passim.* C'est ainsi que TACITE, *Germania,* 11, après avoir dit que les Germains comptent par nuits et non par jours, ajoute : « Sic constituunt, sic condicunt. » *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 251, note 1.

[29] Arg. CIC., *pro Roscio comœdo,* 4. 5. — GAIUS, IV, 13 in f. 171. 180.

[30] Dans l'une de ces hypothèses, ce procédé était même une véritable nécessité. *Voy.* ci-après, note 43, A.

[31] SERVIUS, *ad Æn.,* X, 419. « Manus iniectio dicitur quotiens, nulla iudicis auctoritate expectata, rem nobis debitam vindicamus. » *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[32] C'est-à-dire, aux défendeurs qui, attraits devant le préteur, y avaient avoué leur dette et rendu par là le *iudicium* inutile. *In iure confessus pro iudicato habetur. Voy.* ci-après, § 47, note 17, et § 68, II.

[33] GAIUS, IV, 21. « Per manus iniectionem æque [de] his rebus agebatur, de quibus, ut ita ageretur, lege aliqua (et non pas *lege Aquilia,* comme on a proposé) cautum est : velut iudicati, lege XII Tabularum. Quæ actio talis erat : qui agebat, sic dicebat, QUOD TU MIHI IUDICATUS sive DAMNATUS ES SESTERTIUM X MILLIA, QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILLIUM IUDICATI MANUS INIICIO; et simul aliquam partem corporis eius prendebat. Nec licebat iudicato manum sibi depellere, et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore, et vinciebatur. »

[34] AULU-GELLE, XX, 1, 45, ci-après, à la note 38.

[35] C'est pourquoi la loi des Douze Tables exigeait : ASSIDUO VINDEX ASSIDUUS ESTO : PROLETARIO QUISQUIS VOLET, VINDEX ESTO. ALLU-GELLE, XVI, 10, 5. *Voy.* ci-après, § 47, note 4.

fait et cause pour lui [36]. A défaut de *vindex*, l'appréhendé était adjugé, *addictus*, au demandeur, qui pouvait l'emmener à son domicile et l'y tenir en captivité [37]. — L'*actio per manus iniectionem* était encore admise dans quelques autres hypothèses [38], tantôt avec la même rigueur, auquel cas on disait que la *manus iniectio* se faisait *pro iudicato* [39], tantôt avec ce tempérament que l'appréhendé était admis à se défendre sans avoir besoin d'un *vindex*, ce qui s'appelait *manus iniectio pura* [40]. Une loi dont le nom paraît être *Vallia* fit de cette procédure moins rigoureuse la règle et ne maintint la nécessité du *vindex* que dans deux hypothèses [41].

5° La *pignoris capio* [42] était une espèce de saisie qui différait des autres *legis actiones* en ce qu'elle pouvait se faire en dehors du tribunal du préteur, *extra ius*, et même en l'absence de l'adversaire [43]. Ce mode de se faire payer s'était introduit par l'usage, à l'effet de contraindre les *tribuni ærarii*, chargés de la paye des soldats, ainsi que les personnes auxquelles incombaient la fourniture ou la nourriture des chevaux de la cavalerie [44]. La loi des Douze Tables appliqua la même procédure à divers autres cas, et une loi dont le nom est inconnu accorda la *pignoris capio* aux publi-

[36] En déniant, par exemple, l'existence ou la validité du jugement, en soutenant que le payement avait été effectué ou que le créancier avait été satisfait d'une manière quelconque; moyens de défense qui, reconnus non fondés, exposaient à la peine du double. *Voy.* ci-après, § 69, note 16.

[37] Gaius, IV, 21, transcrit ci-dessus, note 33. Cf. Festus, v. *Vindex.* — Aulu-Gelle, XX, 1, 44.—La loi des Douze Tables réglait de la manière suivante le traitement auquel l'*addictus* était soumis : « Æris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quips endo em iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus, quindecim pondo, ne maiore, aut, si volet, minore, vincito. Si volet, suo vivito; ni suo vivit, qui em vinctum habebit libras farris endo dies dato; si volet, plus dato ». Aulu-Gelle, XX, 1, 45.

[38] Peut-être déjà par la loi des Douze Tables à l'égard du voleur manifeste. Cf. Gaius, III, 189. *Voy.* encore, ci-après, t. II, §§ 267. 279. D'autres applications sont énumérées par Gaius, IV, 22 sq.

[39] Gaius, IV, 22. « Postea quædam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt : sicuti lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu..... et denique complures aliæ leges *rel.*

[40] Gaius, IV, 23. « Sed aliæ leges... constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, id est non *pro iudicato :* velut lex (*Furia*) testamentaria.... item lex Marcia adversus fœneratores... 24. Ex quibus legibus... manum sibi depellere et pro se lege agere (*licebat*)... »

[41] Gaius, IV, 25. « Sed postea lege (Vallia), *excepto iudicato et eo pro quo depensum est,* ceteris omnibus... permissum est sibi manum depellere et pro se agere...

[42] Gaius, IV, 26-29. 32.

[43] Gaius, IV, 29. « ... Certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse. Quibusdam autem [non] placebat : primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est, non apud prætorem, plerumque absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possit quam apud prætorem præsente adversario. Præterea nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat. »

[44] Aulu-Gelle, VII, 10, 2. — Gaius, IV, 27. Cf. ci-dessus, n° 78.

cains contre les débiteurs des *vectigalia* [45]. Le débiteur sur lequel un objet était saisi de la sorte ne pouvait le recouvrer qu'en payant la dette pour laquelle la saisie avait été faite [46].

Observation. — Nous avons parlé ci-dessus, au nº 4, de *manus iniectiones* extrajudiciaires. Nous en trouvons, dans la plus haute antiquité, deux espèces [47] : l'une contre l'adversaire qui refuse d'obéir à l'appel en justice, *in ius vocatio* [48]; l'autre contre la personne que nous saisissons comme nous appartenant à titre d'esclave, de *mancipium* ou de fils de famille [49]. Pourquoi ces hypothèses demeurèrent-elles à l'état d'acte extrajudiciaire, tandis que la *manus iniectio* contre le *iudicatus* et autres devint une *legis actio* [50]? La raison de cette différence paraît bien simple: c'est que, dans les espèces de cette dernière catégorie, le demandeur veut obtenir l'addiction de l'adversaire, ce qui exige évidemment un AGERE de sa part, tandis que dans les deux espèces de l'autre catégorie le but est tout autre. La *manus iniectio* pratiquée à l'égard du défendeur qui refuse de comparaître n'a, en effet, d'autre but que de le forcer à venir *in ius* [51]; et, dans la seconde espèce, le saisissant ne veut point obtenir que le saisi lui soit adjugé : loin de là, il prétend qu'il lui appartient

[45] Gaius, IV, 28. « Lege XII Tabularum adversus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet : item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est, in sacrificium impenderet. Item lege [Cens]oria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent. » Cf. Cic., *in Verrem*, II, 3, 11, et Table de Malaga, c. 64.

[46] Cela résulte de Gaius, IV, 32. « ... Quanta pecunia ..., si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, *luere* deberet... »

[47] Nous faisons abstraction ici du droit que le vendeur d'un esclave se réservait souvent de pouvoir le saisir au cas que les conditions de la vente fussent violées. Bien que cette *manus iniectio*, qui existe encore dans le droit de Justinien, ait certes la même origine que les espèces dont nous parlons ici, elle n'a cependant aucun rapport avec les *legis actiones*. *Voy.* ci-après, t. III, § 333 *in fine*. § 334 note 3

[48] *Voy.* ci-après, § 44, notes 3. 4.

[49] *A*) Comme esclave. Tite-Live, III, 44. Ici la *manus iniectio* était indispensable : comment, en effet, le maître aurait-il pu appeler *in ius* la personne qu'il prétendait lui appartenir comme esclave? En le faisant, il l'aurait reconnue comme citoyen et par conséquent libre. La situation change naturellement dès que l'appréhendé résiste et prétend être libre. — *B*) Comme *mancipium*, notamment en qualité de *nexus*, ou comme fils de famille. Les témoignages précis nous font défaut pour ces deux cas; mais le fait résulte inévitablement de la nature du *mancipium* et de la puissance paternelle, qui l'un et l'autre impliquaient le droit de *ducere*. *Voy.*, au reste, pour le *nexus*, ci-après, t. II, § 299.

[50] D'après le texte de la loi des Douze Tables, transcrit ci-dessus, note 37 : XXX DIES IUSTI SUNTO. POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO, IN IUS DUCITO. NI IUDICATUM FACIT *rel.*, l'on pourrait croire que la *manus iniectio* contre le *iudicatus* précédait la comparution *in iure*. Il est possible que la *legis actio* ait été précédée d'une *manus iniectio* extrajudiciaire; mais, en présence de ce que Gaius dit de la *pignoris capio* (*voy.* ci-dessus, note 45), il faut bien admettre que devant le préteur la *manus iniectio* était réitérée dans la forme légale décrite par Gaius, IV, 21, ci-dessus, note 33.

[51] Or, dès que l'adversaire était *in iure*, le but était atteint. Que si, au contraire, l'adversaire ne suivait pas, il n'y avait pas moyen de procéder à la *legis actio*, qui ne pouvait se faire que *in iure*. Il fallait alors recourir aux moyens coercitifs dont nous parlerons au § 47, notes 3-6.

déjà. Il est vrai que le saisi peut résister; mais encore, dans ce cas, la contestation n'aboutira point à une *addictio* [52] : il y aura lieu à une *vindicatio* qui s'engagera au moyen de la *legis actio per sacramentum*, comme nous le voyons dans le procès de Virginie [53].

B. *De la procédure* per formulas.

§ 44.

En examinant les éléments constitutifs des trois *legis actiones* qui servaient à introduire une action en justice, nous découvrons aisément la marche progressive qu'on avait suivie à l'effet de simplifier les formalités. Le *sacramentum* avait été sacrifié dans la *iudicis postulatio;* les autres formalités et délais inutiles furent écartés par la loi *Silia*, et, dès le quatrième siècle de Rome, la *condictio* offre le mode le plus simple qu'il soit possible d'imaginer pour introduire une affaire en justice [1]. L'expérience ayant ainsi démontré l'inutilité des formes surannées [2], une loi *Æbutia* des derniers temps de la république, mais antérieure à Cicéron, abolit les *legis actiones,* sauf pour les contestations qui étaient du ressort des centumvirs [3]. Deux lois *Iuliæ* ajoutèrent aux réformes de la loi *Æbutia* et donnèrent une organisation complète au nouveau système. Du temps de Gaius, l'ancienne procédure n'était plus usitée que dans quelques cas exceptionnels [4].

Le nouveau système est appelé système formulaire, des *formulæ*, qui en sont la partie fondamentale. Toutefois, il n'en faut point tirer la conclusion que les *formulæ* n'auraient pas été employées dans les *legis actiones*. Elles sont nécessaires dans toute procédure qui distingue entre le *ius* et le *iudicium;* car elles ne sont autre chose que l'instruction donnée par le magistrat, afin de guider le *iudex* dans l'examen de l'affaire. Mais, dans l'ancienne procédure, les *legis actiones* étaient la partie la plus essentielle sans laquelle aucun procès ne pouvait être introduit, tandis que, dans l'instruction de la nouvelle procédure, tout se réduisait à la conception de la *formule*.

[52] Cette proposition est, à la vérité, fortement controversée pour le *nexus;* mais *voy.* ci-après, t. II, § 299.

[53] TITE-LIVE, III, 44-48, combiné avec DENYS D'HALICARNASSE, XI, 28-37.

[1] *Voy.* ci-après, note 5.

[2] Il est très-probable que l'influence du *prætor peregrinus* fut très-puissante en cette matière (*voy.*, entre autres, les deux formules de la LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 20); mais il est inexact de dire que devant le tribunal de ce préteur, la procédure *per legis actiones* était impossible. GAIUS, IV, 31, ci-après, note 4.

[3] AULU-GELLE, XVI, 10. — GAIUS, IV, 30.

[4] GAIUS, IV, 30. 31. « Tantum ex duabus causis permissum est interdum legis actionem facere : lege agere damni infecti, et si centumvirale iudicium fuerit provocatum. Ideo, cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud prætorem urbanum vel peregrinum... »

Il est tout naturel que, dans le principe, les formules aient été calquées sur les anciennes actions, *ad legis actionem exprimebantur;* et, avant que celles-ci fussent complétement tombées en désuétude, on s'exprimait même dans la formule comme si la *legis actio* avait eu lieu, ou, comme dit Gaius, les formules étaient rédigées *ad fictionem legis actionis* [5]. Par la suite, un mode plus libre fut introduit : l'édit et la pratique créèrent un grand nombre de formules nouvelles, et du temps des jurisconsultes classiques, il y avait des rédactions si variées et si générales, qu'on pouvait les appliquer à presque tous les cas imaginables [6].

La demande devait nécessairement contenir l'exposé des faits qui avaient donné lieu au procès, ainsi que la question à décider et les conclusions du demandeur [7]. C'est dans cette forme que le demandeur la présentait au préteur, lequel alors, après avoir examiné si les conclusions méritaient la protection de la justice, donnait ou refusait l'action [8]. Dans le premier cas, il rédigeait la *formule* en ordonnant au juge de condamner le défendeur ou de l'acquitter, selon le résultat de l'examen des faits, qui devait se faire *in iudicio.* La formule contenait donc naturellement les trois parties suivantes [9] :

1. La *demonstratio,* exposé sommaire des faits qui avaient donné lieu à la contestation, *ut demonstretur res de qua agitur* [10].

2. L'*intentio,* les conclusions du demandeur, par lesquelles il expose l'objet précis de sa réclamation, ce qui constitue rigoureusement la contestation sur laquelle le juge doit prononcer, *qua actor desiderium suum concludit* [11].

[5] Gaius, IV, 10. « Quædam præterea sunt actiones, quæ ad *legis actionem* exprimuntur; quædam sua vi ac potestate constant... » Un exemple de *formula fictitia* se trouve dans Gaius, IV, 32. « ... In ea forma, quæ publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. » Nous aurons l'occasion d'en rencontrer un autre, en traitant de la revendication *per sponsionem,* ci-après, § 117. — *Voy.* encore le même, IV, 33. « Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur : sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, cum ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus condictionis fictionem... » Le motif de cette exception est facile à deviner : la *legis actio per condictionem,* en effet, ne contenait que des éléments essentiels qui doivent se retrouver très-*réellement* dans toute procédure.

[6] Déjà vers la fin de la république, l'édit du préteur contenait *formulas de omnibus rebus constitutas,* comme le dit Cicéron, *pro Roscio comœdo,* 8. *Voy.* ci-dessus, nº 126.

[7] Les mêmes parties se rencontrent dans la procédure d'aujourd'hui. En effet, ce que nous appelons les *qualités* d'un jugement comprend la *demonstratio* et l'*intentio* des Romains ; le *dispositif* n'est autre chose que la *condemnatio* du système formulaire.

[8] *Voy.* ci-après, § 47, note 14.

[9] Nous disons naturellement ; mais nous verrons ci-après, aux notes 15-17, que de fait, la formule peut contenir, suivant la diversité des cas, deux, trois ou quatre parties.

[10] Ainsi quand le demandeur réclame le prix d'un esclave vendu au défendeur, la *demonstratio* sera conçue comme suit : Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit, qua de re agitur. *Voy.* Gaius, IV, 40, 47, et ci-après, § 45, note 2.

[11] Ainsi quand le demandeur revendique un fonds comme sien, ou bien réclame le payement

3. La *condemnatio*, ordre donné au juge de condamner ou d'acquitter, suivant le résultat de l'examen de l'affaire [12].

Outre ces parties, qui doivent se trouver régulièrement dans toute formule, les jurisconsultes mentionnent encore :

4. L'*adiudicatio*, qui ne se rencontre que dans les procès tendant à obtenir le partage d'une chose commune. L'*adiudicatio* autorisait le juge à attribuer à chaque partie ce qu'il jugeait convenable pour opérer le partage : QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX TITIO ADIUDICATO [13]. Si, dans ces cas, il y avait lieu de condamner l'une ou l'autre des parties à des prestations particulières, l'*adiudicatio* précédait naturellement la *condemnatio* [14].

Comme nous l'avons fait observer, les trois parties nommées en premier lieu doivent se trouver naturellement dans toute formule. Toutefois, il est des formules romaines dans lesquelles on ne distingue séparément que deux parties. Cela avait lieu quand la demande était basée, non pas sur une règle positive du droit que le demandeur pût invoquer dans ses conclusions, mais plutôt sur l'équité qui résultait des circonstances particulières de l'espèce, *in factum concepta formula*. Dans ce cas, en effet, il serait impossible de rédiger l'*intentio* sans y faire entrer la *demonstratio*, ou, si l'on aime mieux, la *demonstratio* comprend virtuellement l'*intentio*, et il est dès lors inutile de rédiger cette dernière séparément [15]. Par contre, dans d'autres actions, il n'avait pas paru nécessaire de faire une *demonstratio*, par la raison que l'examen de l'*intentio* impliquait nécessairement l'examen des faits que la *demonstratio* aurait dû contenir. Cela avait lieu dans les *actiones in rem* et dans les *condictiones certi* [16]. Enfin, il est des actions qui ne contiennent pas de *condemnatio* ou, pour nous exprimer d'une manière plus exacte, dans lesquelles la *condemnatio* est remplacée par une simple déclaration ou constatation du droit dont le demandeur poursuit la reconnaissance. C'est, en effet, à cette constata-

d'une somme de 10,000 sesterces qu'il prétend lui être due, le juge devra examiner : SI PARET HUNC FUNDUM A[i] AGERII ESSE, — SI PARET N[m] NEGIDIUM A[o] AGERIO DECEM MILLIA DARE OPORTERE. GAIUS, IV, 41. 47, et ci-après, § 45, note 6.

[12] Ainsi dans la seconde hypothèse de la note précédente, la formule portera : SI PARET (N[m] Negidium A[o] Agerio X millia dare oportere), IUDEX N[m] NEGIDIUM A[o] AGERIO DECEM MILLIA CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO. GAIUS, IV, 43, 47, et ci-après, § 45.

[13] GAIUS, IV, 42. *Voy.* encore ci-après, § 109, et t. II, § 278.

[14] Fr. 2, § 1, D., *finium regundorum* 10, 1.

[15] GAIUS, IV, 44 sqq. *Voy.* ci-après, § 45, notes 6 sqq. et § 52.

[16] Nous ne pourrons donner les détails sur cette particularité que lorsque nous nous occuperons de ces actions, ci-après, § 50, note 8, et t. II, § 194, note 3 et § 245, note 10. — Ici nous nous bornons à faire observer que, par suite de ces exceptions, le nombre des formules qui contiennent réellement et séparément les trois éléments essentiels (*demonstratio, intentio, condemnatio*) est de fait fort restreint. Ce n'est, en effet, que dans les *in personam actiones civiles incertæ* qu'ils doivent se trouver nécessairement.

tion que peut se borner dans plus d'une occasion l'intérêt du demandeur, sauf à tirer éventuellement du droit constaté des conséquences ultérieures. Telle est, par exemple, l'action par laquelle je poursuis mon droit de paternité ou de filiation. La reconnaissance de ce droit n'implique de condamnation contre qui que ce soit; mais elle peut servir de base à une poursuite ultérieure. La formule servant à une action de ce genre ne contenait donc point de *condemnatio*, mais une simple constatation du droit poursuivi. On l'appellait *præiudicialis*, parce qu'elle constitue moins un jugement qu'elle ne sert à préjuger d'autres questions [17].

En dehors de ces éléments essentiels, la formule pouvait contenir des parties accidentelles ou accessoires, *adiectiones* [18]. On les appelait *præscriptiones*, de *præ* et *scribere*, quand elles étaient écrites en tête de la formule [19]. Le demandeur pouvait avoir intérêt à faire de pareilles *præscriptiones*, soit pour faire des réserves et protestations contre les conséquences préjudiciables que l'on aurait pu tirer contre lui de l'action intentée [20], soit pour déterminer avec précision les faits sur lesquels il fondait sa demande, auquel cas la *præscriptio* était comme une espèce de *demonstratio* [21]. Le défendeur, de son côté, faisait précéder la formule d'une *præscriptio*, quand il avait à faire valoir un moyen de défense qui, s'il était reconnu fondé, devait avoir pour effet de faire débouter l'adversaire de sa demande, sans qu'il fût besoin d'en discuter le fond. On comprend, en effet, que l'examen d'un pareil moyen devait précéder l'examen du fond, et que dès lors le préteur l'indiquait dans la formule avant de donner ordre au juge de rechercher le fondement de l'*intentio* [22]. Lorsque, au contraire, le moyen proposé par la partie défenderesse se rapportait aux faits qui devaient être examinés dans la discussion de l'*intentio* même, il était naturel qu'il figurât après cette partie de la formule. Dès lors il recevait le nom d'*exceptio*, par la raison que le préteur, tout en autorisant le juge à prononcer la condamnation, imposait la restriction : excepté le cas où le moyen proposé par le défendeur se trouverait fondé [23]. — Il suffit ici d'avoir donné ces notions très-sommaires, sur lesquelles nous aurons à fournir des explications plus détaillées ci-après, § 62.

[17] GAIUS, IV, 44, et THÉOPHILE, ad § 13, I., *de actionibus*, 4, 6. — Nous aurons à donner ci-après, § 53, des explications plus détaillées sur les *præiudiciales actiones*.

[18] GAIUS, IV, 126 sqq., emploie, à propos de ces éléments accidentels, le mot *adiectiones*.

[19] GAIUS, IV, 130-137, et ci-après, § 62.

[20] *Voy.* ci-après, § 62.

[21] Dans ce cas, l'action s'appelait *præscriptis verbis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat*. *Voy.* ci-après, § 52, et t. II, § 243.

[22] On appréciera la justesse de cette observation après avoir lu les développements que nous aurons à donner ci-après, § 62.

[23] GAIUS, IV, 119. « ... Omnis exceptio... ita formulæ inseritur ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex... condemnet quam si *rel.* » *Voy.* ci-après, §§ 62 sqq.

§ 45.

Pour rendre plus claires les explications qui précèdent, nous transcrirons ici le texte d'une formule qui nous est donnée par Gaius. Aulus Agerius demande à Numerius Negidius [1] la restitution d'une table d'argent qu'il lui a confiée en dépôt, et, à défaut de restitution, une indemnité pécuniaire. La formule de cette action est rédigée comme suit [2] :

(OCTAVIUS) IUDEX ESTO.

QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR;

QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET, EX FIDE BONA EIUS;

ID IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO.

On remarquera que, dans cette formule, la restitution du dépôt ne figure qu'en seconde ligne. Elle n'est indiquée que comme un moyen offert au défendeur d'éviter la condamnation pécuniaire, à prononcer par le juge, *quidquid ob eam rem dare facere oportet;* tandis que le but direct que le demandeur cherche à obtenir est certes la restitution de la table même. Cela tient à un principe de la procédure formulaire, d'après lequel la *condemnatio* doit toujours être d'une somme d'argent [3]. Cette somme pouvait être fixée d'avance dans la formule, *condemnatio certæ pecuniæ*, ou bien le préteur laissait au juge le pouvoir d'en fixer le montant [4]. Au reste, il est facile à comprendre que, tout en observant cette règle, on pouvait parvenir à obtenir la restitution de la chose, préférable dans bien des cas aux dommages et intérêts; il suffisait, en effet, de fixer par le

[1] Les noms *Aulus Agerius* et *Numerius Negidius* sont fréquemment employés dans les formules *juridiques* pour désigner un demandeur et un défendeur quelconques; de même dans les obligations pour désigner le créancier et le débiteur. § 2, I., *quibus modis oblig. toll.* 3. 29; Fr. 18, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 2 et *passim.* Ces termes sont expressifs : *Agerius,* en effet, désigne celui qui *agit,* et *Numerius Negidius* celui qui doit payer, *numerare,* et refuse de le faire, *negare.* La LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 20, donne, dans le modèle d'une formule, pour désigner les deux parties, les noms de *L. Seius* et *Q. Licinius.* Chez CIC., *in Verrem* II, 2, 12, nous trouvons *P. Servilius* et *Q. Catulus;* au Fr. 41, § 2, D., *de usuris* 22, 1 : *Aulus Agerius* et *Gaius Seius;* ailleurs *L. Titius,* etc.

[2] GAIUS, IV, 47.

[3] GAIUS, IV, 48-52. « 48. Omnium autem formularum, quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est : itaque, si corpus aliquod petamus, velut fundum..., iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed æstimata re pecuniam eum condemnat. » Cf. Fr. 4, § 3 in f. D., *de re iudicata* 42, 1.

[4] Au reste, le pouvoir du juge dans l'évaluation de la *condemnatio incerta* pouvait être illimité ou restreint dans certaines limites. De là la division des *condemnationes incertæ pecuniæ,* en *condemnatio infinita* et *condemnatio cum taxatione.* GAIUS, IV, 49. 52. Cf. CIC., *pro Tullio,* 7. — FESTUS, v. *Taxat.* — GAIUS, III, 224. — *Coll. leg. Mos.,* II, 6.

jugement une somme assez élevée pour que le défendeur s'empressât d'éviter la condamnation en restituant l'objet [5].

Nous trouvons chez les anciens deux grandes divisions des formules, qui dans la législation de Justinien n'offrent plus qu'un intérêt historique.

1. *Formulæ in ius* et *in factum conceptæ.* Pour expliquer cette division, Gaius se borne à dire que les premières sont celles *in quibus de iure agitur*, et que toutes les autres sont *in factum conceptæ.* Dans les premières, le demandeur fondait sa demande sur ce que tel droit lui compétait en vertu du *ius civile*, et le juge avait à examiner si les conditions exigées à cet effet se trouvaient réunies dans l'espèce. Or, comme dans l'ancien droit tous les rapports légaux se réduisaient à deux ordres d'idées, propriété et obligations (les droits personnels tombant dans la première catégorie), l'*intentio iuris civilis* ne pouvait présenter que l'une des deux rédactions suivantes : NOSTRUM ESSE ALIQUID EX IURE QUIRITIUM ou bien NOBIS DARI OPORTERE [6]. Dans les *formulæ in factum conceptæ*, pareille mention ne se trouvait point : la condamnation était fondée sur l'équité résultant des faits de la cause. Aussi le préteur n'ordonnait-il pas au juge d'examiner *si paret hanc rem A. Agerii esse, si paret dari oportere;* il lui ordonnait simplement de condamner, si les faits allégués par le demandeur étaient vrais. Il en résultait naturellement que, dans ces formules, l'*intentio* ne faisait qu'un avec la *demonstratio,* puisque l'exposé des faits contenait en même temps le fondement du droit réclamé par le demandeur [7]. D'après cela, il est évident que les *formulæ in ius conceptæ* ne pouvaient s'appliquer qu'aux actions résultant du *ius civile,* et que toutes les actions prétoriennes avaient nécessairement une formule *in factum concepta.* Mais il y avait également des actions civiles avec une formule de ce genre [8], et Gaius nous apprend que, dans quelques actions civiles, on employait tantôt la rédaction *in ius*, tantôt celle *in factum* [9].

[5] PAUL, Fr. 73, D., *de fideiussoribus* 46, 1. « .... Cum reus habeat possessionem, noluit eam restituere, et ideo MAGNO condemnatus est ». — Cf. Fr. 70, D., *de rei vindicatione* 6, 1, et ci-après, § 119; t. II, § 176.

[6] GAIUS, IV, 45. « Eas quidem formulas, in quibus de iure quæritur, *in ius conceptas* vocamus : quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex iure Quiritium, aut nobis dari oportere..., in quibus *iuris civilis intentio* est. 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulæ, nominato eo quod factum est, adiiciuntur ea verba, per quæ iudici damnandi absolvendive potestas datur... »

[7] GAIUS, IV, 46-48. Comparez la formule de l'action de dépôt que nous avons donnée au commencement du paragraphe d'après GAIUS, IV, 48, et qui est *in ius concepta,* avec celle *in factum concepta* que GAIUS nous donne au même endroit : (OCTAVIUS) IUDEX ESTO. SI PARET A^m A^m APUD N^m N^m MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO N^i N^i A° A° REDDITAM NON ESSE : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N^m N^m A° A° CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO. Cf. LE MÊME, IV, 60.

[8] *Voy.* ci-après, § 52, et t. II, § 194.

[9] GAIUS, IV, 47. Pourquoi créer deux formules d'une nature différente pour le même cas?

2. *Formulæ vulgares* et *non vulgares*. On appelait *vulgaires* les formules qui s'appliquaient à un rapport de droit usuel, connu depuis longtemps, et que, par ce motif, la loi ou la pratique désignait par un nom technique, par exemple, la propriété, la vente, le dépôt. Par la suite, lorsque le besoin de créer des actions pour des cas nouveaux se fit sentir, la formule qui servait à ces actions fut appelée *non vulgaris,* parce qu'elle ne contenait pas ces termes techniques et généralement reçus. Il va sans dire que toutes les anciennes actions civiles qui étaient *in ius conceptæ* avaient une *formula vulgaris*. Parmi les actions prétoriennes, il y en avait aussi, mais la plupart d'entre elles, ainsi que les actions civiles créées par une analogie ou par des motifs d'équité, avaient une formule *non vulgaire* [10].

§ 46.

Pour terminer cet aperçu historique de l'ancienne procédure romaine, il nous reste à mentionner la division des procès en *iudicia legitima* et *iudicia quæ imperio continentur* [1]. Les renseignements que nous avons sur cette division sont fort incomplets, et il nous est impossible d'en indiquer d'une manière certaine l'origine et l'importance. Gaius, à qui nous devons le peu que nous en savons, appelle *legitima iudicia* ceux qui ont lieu à Rome même ou dans le rayon d'un mille, devant un seul *iudex* et entre

La réponse se trouve dans le développement historique des *in factum actiones*. Ces actions doivent évidemment leur origine au désir du préteur de protéger des rapports juridiques nouveaux qui n'étaient pas sanctionnés par le *ius civile*. Comme, dans les actions qu'il créait à cet effet, il ne pouvait invoquer le *ius,* force lui était bien de les fonder sur les faits, *in factum concipere*. Or, il pouvait se faire qu'un rapport juridique, sanctionné en thèse générale par le *ius,* se trouvât, dans un cas donné, en dehors du domaine de ce même *ius civile* par des causes toutes spéciales, par exemple, l'incapacité personnelle de celui qui invoquait la protection du préteur. Ainsi les obligations résultant du dépôt et du commodat sont sanctionnées par le *ius civile* et donnent, par suite, lieu à une *actio in ius concepta.* Mais les personnes sous puissance, n'ayant pas de personnalité patrimoniale, ne pouvaient intenter des actions d'après le *ius civile.* Cependant si un fils de famille se trouvait avoir déposé ou prêté une chose qui lui avait été confiée, il est évident qu'il avait un intérêt bien réel d'obtenir la restitution de la chose. La formule ordinaire *in ius concepta* ne pouvant servir à cet effet, le préteur n'avait d'autre moyen que de lui en donner une *in factum.* Voilà comment le même rapport juridique pouvait, selon les circonstances, exiger l'une ou l'autre de ces formules. — Cette hypothèse devient une certitude par la combinaison de Gaius, IV, 47. 60 (qui cite précisément les actions de dépôt et de commodat comme exemples d'actions à deux formules), avec Fr. 9, D., *de obligat. et action.* 44, 7. « Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum, et quod vi aut clam, et depositi et commodati, ut Iulianus putat. » Cf. Ulpien, Fr. 13, D., *eodem.* « In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere. » *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 331, notes 13 sqq.

[10] Fr. 1, pr. D., *de præscriptis verbis,* 19, 5. « Nonnumquam evenit ut cessantibus iudiciis proditis, et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad ea, quæ in factum appellantur. » *Voy.* ci-après, § 52, et t. II, § 194.

[1] *Voy.*, sur cette matière, Gaius, IV, 103-109. — Ulpien, XI, 27. — *Vaticana fragm.* 47. — Il est plus que douteux que les *legitima iudicia* dont parle Cicéron, *pro Roscio com.*, 5; *partit. orat.*, 12, soient ceux que Gaius oppose aux *iudicia quæ imperio continentur.*

citoyens romains [2]. Tous les autres jugements paraissent dès lors avoir été comptés parmi les *imperio continentia* [3]. Parmi ceux-ci Gaius distingue surtout les procès devant les *recuperatores* et, en général, ceux dans lesquels un étranger intervient soit comme juge, soit comme partie. Les règles de la procédure étaient différentes sous plusieurs rapports pour ces deux espèces de jugements : particulièrement les *iudicia quæ imperio continentur* devaient être terminés dans l'année de la magistrature de celui qui avait accordé l'action, tandis que les *iudicia legitima* pouvaient durer dix-huit mois [4]. Il y avait encore d'autres différences que nous signalerons aux endroits convenables [5].

§ 47. *Tableau d'un procès avant la réforme de Dioclétien.*

Le demandeur commençait par sommer son adversaire de le suivre devant le préteur, *in ius vocare* [1]. Cette sommation était un acte extrajudiciaire [2], mais les formalités et les conséquences en étaient réglées par des dispositions légales que l'édit du préteur ne tarda pas à modifier et à compléter. Ainsi la loi des Douze Tables autorisait le demandeur à employer la violence contre le défendeur récalcitrant [3], à moins qu'il ne

[2] Gaius, IV, 104. « Legitima sunt iudicia, quæ in urbe Roma, vel intra primum urbis Romæ milliarium, inter omnes cives romanos, sub uno iudice accipiuntur... » Cf. Cic., *pro Flacco* 21, où il est dit « iudicium *lege* non erat » à propos du procès entre Flaccus et un *peregrinus*. — La définition de Gaius, au reste, n'est donnée que pour son époque; car il est impossible d'admettre que les procès devant les centumvirs et les décemvirs n'aient pas été *iudicia legitima*.

[3] C'est ainsi que Gaius, contrairement à toutes les règles de la grammaire, appelle ces *iudicia*. IV, 81. 106.

[4] Gaius, IV, 104-106. « 104 ... Et hoc est, quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori ». D'après ce passage, il paraît que la péremption des *iudicia legitima* n'a été introduite que par Auguste, loi *Iulia iudiciaria*. — Justinien, L. 13, C., *de iudiciis* 3, 1, veut que tous les procès soient, en général, terminés dans les trois ans, sans pourtant attacher à la violation de cette règle aucune conséquence préjudiciable. *Voy.* ci-après, § 61, obs.

[5] Gaius, III, 181. IV, 81. 106. 109. — *Vaticana fragm.* 47, comb. avec Fr. 44, § 1, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.

[1] Gaius, IV, 46. 183. — § 3, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. — Titt. D., *de in ius vocando* 2, 4; C., *eodem* 2, 2. — Plaute, *Persa* IV, 9, 8; *Curculio* V, 2, 23 sqq. — Cic., *ad Herenn.* II, 12. 13; *de legibus* II, 4. — Horace, *Sat.* I, 9, 65-74 sqq., et Porphyrion, *ad h. l.* — Cf. Valère-Maxime, II, 1, 5, et Fr. 2, D., *de in ius vocando* 2, 4. — Fr. 18, D., *eodem.* « ... Nullum de domo sua in ius vocare licet. » — Fr. 19-22, D., *eodem.* — Fr. 23, D., *de iniuriis* 47, 10. — Fr. 103, D., *de regulis iuris* 50, 17. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 286; t. III, §§ 319. 337.

[2] Aulu-Gelle, XIII, 13, 4. « A privato in ius vocari est potestas. » — Gaius, IV, 46. 183.

[3] Si in ius vocat, ni it, antestator; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito. Si morbus ævitasve vitium escit, qui in ius vocabit, iumentum dato; si nolet, arceram ne sternito. Cic., *de legibus* II, 4. (Porphyrion, *ad Hor. Sat.*, I, 9, 65. — Festus, v. *Struere.* — Aulu-Gelle, XX, 1, 25. Mais cf. Valère-Maxime, II, 1, 5.). Antestari signifie prendre des témoins. Calvitur, i. q., frustratur; pedem struere, s'enfuir; endo iacito i. q. iniicito. — La *manus iniectio*, dont il est question dans ce passage, ne doit pas être confondue avec la *legis actio per manus iniectionem.* *Voy.* ci-dessus, § 45, notes 30, sq. et observation.

fournît un *vindex* solvable, qui alors assumait toute la responsabilité du procès [4]. Par la suite, on admit une caution ordinaire au lieu du *vindex* [5]. Si le demandeur n'obtenait pas de bonne grâce que l'adversaire le suivît *in ius*, il pouvait s'adresser au préteur, lequel, en vertu de son *imperium*, contraignait indirectement le défendeur, en accordant même, le cas échéant, l'envoi en possession des biens du contumax ou latitant [6]. — D'habitude, les plaideurs s'engageaient mutuellement sous caution, *vadimonium* [7], à se présenter en justice [8]. Si, malgré le *vadimonium*, l'une ou l'autre des parties faisait défaut, elle encourait les peines du *vadimonium desertum* [9], sans préjudice des mesures de rigueur dont il vient d'être parlé [10].

Devant le préteur, *in iure*, les parties se présentaient à tour de rôle et exposaient la cause [11]. Anciennement, elles commençaient par remplir les formalités exigées dans les *legis actiones*. Dans la suite, le demandeur se bornait à exposer l'affaire et à requérir la condamnation de la partie adverse d'après une requête qu'il présentait au préteur, *editio actionis* [12],

[4] ASSIDUO VINDEX ASSIDUUS ESTO : PROLETARIO QUOI QUIS VOLET, VINDEX ESTO. AULU-GELLE, XVI, 10, 5. Cf. CIC., *Top.* 2. – QUINTILIEN, *inst. orat.*, V, 10, 55. – NONIUS-MARC., II, 342 in f. – FESTUS, v. *Vindex.* – GAIUS, IV, 46. – Fr. 22, § 1, D., *de in ius vocando* 2, 4.

[5] GAIUS, II, 46. – Titt. D., *si quis in ius vocatus non ierit* 2, 5; *in ius vocati ut eant, aut satis vel cautum dent* 2, 6. (Cf. Fr. 1, § 3, D., *de inspiciendo ventre* 25, 4.) – Tit. D., *si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit* 2, 11. Remarquons ici que le mot *iudicium*, dans la caution dont parle l'inscription du titre cité, se rapporte à la procédure qui se fait devant le préteur, *in iure*.

[6] LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 21. 22. – CIC., *pro Quinctio*, 19. – GAIUS, III, 78. IV, 46. – Fr. 7, § 1. Fr. 13, D., *quibus ex causis in possessionem eatur* 42, 4. – Fr. 19, D., *de in ius vocando* 2, 4. Cf. ci-après, § 70.

[7] Dans l'origine, on exigeait la garantie d'un citoyen solvable qui consentît à répondre de la partie. Ce garant s'appelait *vas*, de là *vadari*, *vadimonium* : la loi des Douze Tables mentionne *vades* et *subvades*. *Voy.* ci-après, note 33. Au lieu des *vades*, nous trouvons plus tard *sponsores*, *fideiussores*. Dans des cas exceptionnels, on se contentait du simple engagement de celui qui devait fournir le *vadimonium*, d'un *vadimonium purum*, *id est*, *sine satisdatione*. GAIUS, IV, 185. – Fr. 15, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. *Voy.* ci-après, § 70.

[8] LEX (THORIA) AGRARIA, c. 17. – CIC., *pro Quinctio*, 5. 6. 19. 21. 28; *pro Tullio*, 20. – Tit. D., *in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent* 2, 6.

[9] *Voy.* ci-après, notes 20 et suivantes.

[10] HORACE, *Sat.*, I, 9, 36 sq. 74-78. D'après ce texte, *vers* 36 sq. « respondere vadato debebat; quod ni fecisset, *perdere litem* » et SUÉTONE, *Caligula* 39, il paraîtrait que le défaut aurait même amené la perte du procès entier; mais il faut entendre ces deux passages du défaut du demandeur, qui entraîne pour lui déchéance de l'instance engagée.

[11] Il paraît que l'ordre dans lequel les causes se suivaient était déterminé par le sort. SERVIUS, *ad Verg. Æn.*, VI, 431, v. *Sine sorte*, sine iudicio. Traxit autem hoc ex more romano. Non enim audiebantur causæ, nisi per sortem ordinatæ; tempore enim quo causæ audiebantur, conveniebant omnes... et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post diem trigesimum suas causas exsequerentur. Unde est : (*Quæsitor*) *urnam movet*. Juvenalis : *Gratia fallacis prætoris vicerit urnam*. Le passage de SERVIUS, *ad Æn.*, II, 102, semble plutôt se rapporter à la distribution des causes *in iudicio*.

[12] CICÉRON, *in Verrem*, II, 3, 65. « Adventu L. Metelli, prætoris, C. Gallius *postulavit* a Metello,

et qui devait indiquer avec précision la nature des prétentions qu'il entendait faire valoir. La rédaction de la requête était d'une grande importance [13]. D'abord, le préteur pouvait sur-le-champ renvoyer le plaignant si la demande ne lui paraissait pas mériter la protection de la justice, *actionem denegare* [14]. Ensuite, une formule mal conçue pouvait entraîner la perte du procès entier, *causa cadere* [15], ce qui avait particulièrement lieu quand, dans l'*intentio*, on avait demandé plus qu'on n'avait le droit d'exiger, *plus petitio* [16]. Si le défendeur avouait dès l'abord, l'affaire était terminée sur-le-champ ; il ne fallait pas de jugement : *in iure confessus pro iudicato habetur* [17]. Si, au contraire, il voulait se défendre, il devait faire connaître au préteur les moyens dont il entendait faire usage. Il n'était pourtant pas tenu de le faire immédiatement ; il pouvait demander une remise que le préteur accordait moyennant garantie [18]. Pareille remise était également accordée quand les parties ne terminaient pas leur exposé en une seule séance : elles se donnaient alors caution de reparaître devant le préteur, *vadimonium sistendi* [19]. L'inexécution de cette promesse, *vadimonium deserere*, entraînait d'abord naturellement la perte de la peine stipulée [20] ; l'édit comminait, en outre, contre les coupables une action en dommages et intérêts, voire même une action pé-

ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET. » *Voy.* encore GAIUS, IV, 35. 41. 86. — Fr. 1, pr. D., *de edendo* 2, 13. « Qua quisque actione agere volet, eam edere debet : nam æquissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat... » Souvent aussi le demandeur faisait connaître la nature de la demande avant la comparution *in iure* au moyen d'une *denunciatio*. Fr. 7, D., *de inoff. testam.* 5, 2. — Fr. 20, § 11, D., *de heredit. petit.* 5, 3.

[13] CIC., *partitiones orat.*, 28. « Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contestatio, cum, aut sitne actio illi qui agit, aut iamne sit, aut num iam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quæritur. »

[14] CIC., *ad Herennium*, II, 12 ; *in Verrem*, II, 3, 65 ; *pro Flacco*, 21. « M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturam negavit ». — VALÈRE-MAXIME, VII, 7, 5. — GAIUS, IV, 54 *in fine*. — Fr. 4, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 15, D., *si quis cautionibus*. 2, 11. — Fr. 9, pr. § 5, D., *de iureiurando* 12, 2. — Fr. 50, § 2, D., *de bonis libertorum* 38, 2. — Fr. 26, 27, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 50, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 102, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17. *Voy.* encore ci-après, t. III, § 387, *C*.

[15] CIC., *de inventione rhet.*, II, 19. « ... Ita ius civile habemus constitutum, ut *causa cadat* is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. » — LE MÊME, *topica*, 17 ; *pro Murena*, 4. — QUINTILIEN, *inst. orat.*, III, 6, 69. — FESTUS, v. *Liti cecidisse*. — GAIUS, IV, 57. 68. — *Vaticana fragm.* 53.

[16] GAIUS, IV, 53-60. — PAUL, I, 10. — § 33-35, I., *de actionibus* 4, 6. — Tit. C., *de plus petitionibus* 3. 10. — Pour les détails, *voy.* ci-après, § 75.

[17] LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 21. — PAUL, II, 1, 5. V, 5 a, 2-5. — Tit. D., *de confessis* 42. 2. — L. 1, C., *eodem* 7, 59, et ci-dessus, § 45, n° 4. Sur la portée pratique de cette règle, *voy.* ci-après, § 68, II.

[18] Fr. 1, pr. D., *de edendo* 2, 13. — Fr. 1, § 10, D., *de itinere* 43, 19.

[19] GAIUS, IV, 184. « Qui autem in ius vocatus fuerit ab adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti. » — LE MÊME, IV, 185. — CIC., *pro Quinctio*, 7. 8. — AULU-GELLE, VII, 1.

[20] GAIUS, III, 224. IV, 185 sq.

nale [21]; enfin, le préteur pouvait employer les mesures de contrainte dont il disposait, en accordant la possession de la chose litigieuse [22], ou même la possession de tous les biens du défaillant [23]. Les mêmes peines menaçaient le défendeur présent qui refusait de répondre ou de remplir les obligations légales que sa position lui imposait [24]. Dans sa réponse, le défendeur cherchait naturellement à écarter les charges que l'accusation du demandeur faisait peser sur lui. A cet effet, il priait le préteur d'insérer ses objections dans la formule. Cela se faisait régulièrement au moyen d'une clause placée vers la fin de la formule [25] et par laquelle il était ordonné au juge de ne pas condamner au cas que l'assertion du défendeur se trouverait fondée, *exceptio* [26]. Il est à remarquer que devant le préteur, les parties pouvaient se déférer le serment sur les points contestés. Celle à laquelle le serment était déféré ne pouvait le refuser, sous peine de perdre le procès. La prestation du serment avait, dans tous les cas, pour effet de mettre fin au procès sans qu'il fût besoin de *iudicium* [27].

Après que les parties s'étaient ainsi expliquées, le préteur résumait leurs dires dans la formule qu'il remettait ensuite au demandeur. Cette formule, conçue de la manière décrite aux paragraphes précédents, contenait donc les moyens du demandeur et ceux du défendeur, l'*actio* et l'*exceptio*. Elle contenait également le nom du juge [28], choisi ou accepté par les parties à l'effet de statuer sur la contestation [29]. Quand il s'agissait de nommer un seul *iudex* ou *arbiter*, le demandeur proposait habituel-

[21] Gaius, IV, 46. – Fr. 5, D., *si quis cautionibus*. 2, 11. – Tit. D., *de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat* 2, 11. – Fr. 2, § 1, D., *si quis in ius vocatus non ierit* 2, 5. – Fr. 2, D., *in ius vocati ut eant* 2, 6.

[22] *Voy.* ci-après, § 70, et §§ 117. 121. 136 sqq.

[23] Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 21. 22. – Cic., *pro Quinctio*, 15. 18. – Fr. 2, D., *quibus ex causis in possessionem eatur* 42, 4 et *passim*. *Voy.* ci-après, § 70.

[24] Fr. 52, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Non defendere videtur, non tantum qui latitat, sed et is qui præsens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem. » Cf. Fr. 2, D., *quibus ex causis in poss.* 42, 4, et ci-après, § 70.

[25] Quand le moyen du défendeur, en le supposant fondé, était de nature à dispenser de l'examen du fond, il était inscrit en tête de la formule et prenait le nom de *præscriptio*. *Voy.* ci-dessus, § 44, notes 19 sqq., et ci-après, § 62 *in fine*.

[26] De là vient qu'on dit que le défendeur *postulat exceptionem*, comme le demandeur *postulat actionem*. Cic., *de invent. rhet.*, II, 19. *Voy.* pour les détails, ci-après, §§ 62 et suivants.

[27] Nous nous bornons ici à citer les dispositions de l'édit sur le serment déféré *in iure*. « Ait Prætor : Si is, cum quo agetur, condicione delata, iuraverit... eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo... Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam ». Fr. 3, pr. Fr. 7, pr. Fr. 34, § 6, D., *de iureiurando* 12, 2. *Voy.* encore ci-après, § 68.

[28] Cette nomination figurait naturellement en tête de la formule : (L. Octavius) iudex esto. – (Octavius, Publius, Titius) recuperatores sunto. Cic., *in Verrem*, II, 2, 12. – Gaius, IV, 34. 46 et *passim*.

[29] Cic., *pro Cluentio*, 43. « Neminem voluerunt maiores nostri... esse iudicem, nisi qui inter

lement le citoyen à investir de cette fonction, *iudicem ferebat* [30], sauf au défendeur à rejeter les noms proposés jusqu'à ce que l'accord se fût établi [31]. Les récupérateurs étaient proposés par le préteur, chaque partie ayant, dans certaines limites, le droit de récusation [32]. La nomination faite, les parties déclaraient qu'elles acceptaient le *iudicium* [33], en prenant les assistants pour témoins de cette déclaration : *testes estote* [34]. Par cet acte qui, à cause de la formalité tombée plus tard en désuétude, s'appelait *litis contestatio*, la procédure devant le préteur, *in iure*, était close [35].

Devant le juge, *in iudicio*, nouvel exposé sommaire des faits, *causæ coniectio*, ou *collectio*, puis plaidoiries des parties ou de leurs mandataires, *peroratio* [36]. Si une première plaidoirie ne suffisait pas, on procédait à

adversarios convenisset ». Cf. ci-dessus, nº 97, note 10. – Fr. 80, D., *de iudiciis* 5, 1. « ... ex conventione litigatorum iudex addictus... » – Fr. 57, D., *de re iudicata* 42, 1. Cf. Cic., *in Verrem*, II, 2, 18. – Pline, *Panegyr.* 36.

[30] Cic., *de oratore*, II, 65. 70; *pro Roscio comœdo*, 14. 15.

[31] *Sumere* et *reiicere* sont les termes usités dans cette opération. Cic., *de oratore*, II, 70; *pro Roscio comœdo*, 14; *in Verrem*, II, 2, 12; 3, 60. Pour le rejet, nous trouvons aussi le mot *eiurare, eierare*. Cic., *de oratore*, II, 70. « ... Cum ei (Scipioni) M. Flaccus... P. Mucium iudicem tulisset, *Eiero*, inquit, *iniquus est*. » Cf. le même, *in Verrem*, II, 3, 60. « Sibi iniquum eiurare »; *Philipp.*, XII, 7. « Sic me iniquum eiurabant. » S'ensuit-il que le défendeur ait dû affirmer sous serment qu'en conscience il considérait le juge proposé comme *iniquus*, une espèce de *iusiurandum calumniæ*. *Voy.* ci-après, § 161, note 2. — Il va sans dire, au reste, que les parties pouvaient, de commun accord, déroger à ce mode usuel de choisir le juge. Dans tous les cas, le citoyen choisi n'obtenait la qualité et les pouvoirs d'un *iudex* que par la nomination du magistrat; de là *iudex datus, addictus*. — Il nous reste à mentionner le rescrit de l'empereur Adrien qui statue « ne is iudex detur quem altera pars nominatim petat, ... nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente, permittetur. » Fr. 47, D., *de iudiciis* 5, 1.

[32] Cic., *in Verrem*, II, 2, 13; 3, 11. 13. 41. 60. V, 54. — La lex (Thoria) agraria, c. 17, veut que, pour former un tribunal de trois récupérateurs, le préteur propose une décurie plus un, soit onze citoyens pris dans la première classe, sauf aux parties le droit d'en récuser chacune jusqu'à quatre.

[33] Si le défendeur refusait sans justes motifs d'accepter le *iudicium*, il était considéré comme *indefensus* et s'exposait aux conséquences que nous avons fait connaître ci-dessus, notes 20-24.

[34] Festus, v. *Contestari* est, cum uterque reus dicit : Testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod *ordinato iudicio* utraque pars dicere solet : Testes estote. » Cf. ci-après, § 54.

[35] On pourrait s'attendre à trouver ici un nouveau *vadimonium iudicio sistendi*. Il est possible que, dans les premiers temps, les parties aient employé ce mode pour se garantir la comparution devant le juge; et, d'après une hypothèse de Godefroi, les termes *vades* et *subvades*, qui se trouvaient dans la loi des Douze Tables (Aulu-Gelle, XVI, 10, 8), auraient désigné les cautions du défendeur et du demandeur. Mais, dans la procédure formulaire, nous ne trouvons point de caution de ce genre. Les parties se bornaient à s'ajourner mutuellement à jour fixe devant le juge. Cf. Ps. Asconius, *in Verrin.*, II, 1, 9. p. 164, Orelli « ... *Comperendinatio* est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam, cum in rem aliquam agerent litigatores..... poscebant iudicem, quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad iudicium venirent, denuntiabant. » *Voy.* aussi Festus, v. *Res comperendinata*. Le demandeur n'avait, d'ailleurs, pas besoin d'exiger pareille caution, puisqu'il pouvait obtenir condamnation contre le défendeur contumax. *Voy.* ci-après, notes 43 sqq.

[36] Gaius, IV, 15. « ... Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum *causam perora-*

une seconde et ainsi de suite [37]. Comme le juge avait à constater les faits, la tâche principale des plaideurs était d'en fournir la preuve. A cet effet, ils pouvaient s'appuyer sur la notoriété publique, produire des titres et témoins, enfin employer tous les moyens légaux de preuve [38]. Ils pouvaient également se déférer le serment à l'effet d'établir la réalité des faits contestés : le juge aussi pouvait imposer ce moyen de preuve, en déférant d'office le serment à l'une ou à l'autre des parties [39]. Quand la conscience du juge était suffisamment éclairée, il prononçait le jugement publiquement et en présence des parties [40]. S'il y avait plusieurs juges, le jugement était rendu à la majorité des voix [41]. Si l'une des parties faisait défaut *in iudicio* [42], l'autre partie n'en avait pas moins le droit de requérir jugement [43]. Anciennement il paraît que, dans ce cas, la sentence était toujours en faveur de la partie qui l'avait requise [44]. Plus tard, on admit que le juge devait examiner la cause comme à l'ordinaire, et statuer d'après le résultat de l'examen, même, le cas échéant, contrairement aux conclusions de la partie présente [45]. Contre le jugement rendu

rent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere : quæ dicebatur *causæ collectio,* quasi causæ suæ in breve coactio. » — AULU-GELLE, V, 10, 9 sqq. — Cf. Ps. ASCONIUS *in Verrem,* II, 1, 9. p. 164 Orelli.

[37] *Prima, secunda, tertia actio; ampliatio.* CIC., *pro Flacco,* 20; *pro Cæcina,* 2, 33; *pro Tullio,* 6. — SÉNÈQUE, *epist.,* 65. — TACITE, *de oratoribus,* 19. — AULU-GELLE, XIV, 2, 11. — Cf. Ps. ASCONIUS *in Verrin.,* II, 1, 9. p. 164 Orelli, et ci-dessus, nº 93.

[38] QUINTILIEN, *instit. orat.,* V, 1. « ... Præiudicia, rumores, tormenta, tabulæ, iusiurandum, testes. » La torture, au reste, n'était admise que contre les esclaves et dans certains cas déterminés. PAUL, V, 15, 6. V, 16, 2. *Voy.,* sur cette matière en général, ci-après, § 68.

[39] QUINTILIEN, *instit. orat.,* V, 6. « Iusiurandum litigatores aut offerunt suum, aut non recipiunt oblatum : aut ab adversario exigunt, aut recusant cum ab ipsis exigatur. » — DIOCLÉTIEN, L. 3, C., *de rebus creditis et iureiurando* 4, 1. « In bonæ fidei contractibus, necnon etiam in ceteris causis, inopia probationum, per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportet. *Voy.* ci-après, § 68.

[40] PAUL, V, 5 a, 6. — Fr. 47. 60, D., *de re iudicata* 42, 1. — Tit. C., *quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat* 7, 43.

[41] Fr. 36-39, D., *de re iudicata* 42, 1. — Cf. Fr. 18, D., *de receptis* 4, 8, et Fr. 24, D., *de manumissionibus* 40, 1.

[42] Sous l'empire, les jurisconsultes se servent du mot *eremodicium* (de δίκη, procès, et ἔρημος, seul ou abandonné) pour désigner la situation créée par le défaut d'une partie. Fr. 7, § 12, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 13, pr. D., *iudicatum solvi* 46, 7. — L. 13, § 3. 4, C., *de iudiciis* 3, 1.

[43] *Voy.* les textes cités dans la note précédente et dans les deux notes suivantes, ainsi que Fr. 31, § 2, D., *de negotiis gestis* 3, 5. — Fr. 52, § 18, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 55, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 3, § 1, D., *quæ in fraudem credit.* 42, 8. — Fr. 5, pr. D., *de pœnis* 48, 19. — Cf. PAUL, V, 5 a, 7. — Fr. 68-75, D., *de iudiciis* 5, 1. — L. 13, § 3. 4. 5, C., *eodem.* — Tit. C., *quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat præsentibus partibus vel una parte absente* 7, 43.

[44] CIC., *in Verrem,* II, 2, 17. « Secundum præsentem iudicare... absentem Heraclium... condemnant. » Déjà la loi des Douze Tables avait dit : POST MERIDIEM PRÆSENTI LITEM ADDICAT. — Cf. Fr. 8, § 14, D., *de inofficioso testamento* 5, 2. « Si, absente eo (actore), secundum præsentem pronuntietur ». — Fr. 14, § 1, D., *de appellationibus* 49, 1.

[45] Fr. 73, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 81, in f. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. — Fr. 26, § 9,

par défaut, il n'y avait ni appel ni autre recours, à moins que la partie défaillante ne se trouvât dans les conditions qui autorisent la restitution en entier [46].

C. *Procédure après Dioclétien.*

§ 48.

Nous avons vu antérieurement que le principe de la séparation du *ius* et du *iudicium*, qui constitue la base de la procédure formulaire, se trouva, sous l'empire, soumise à des exceptions si nombreuses que Dioclétien put croire utile de l'abolir entièrement. Il est, en effet, probable que la constitution publiée en 294 par cet empereur et son corégnant Maximien et que nous avons eu l'occasion de mentionner plus d'une fois [1], eut pour but et pour résultat d'amener cette abolition [2]. Dans tous les cas, il est certain que, dans la dernière période de notre histoire, c'est devant le même personnage, juge supérieur ou juge délégué [3], que s'instruit et se juge le procès tout entier, depuis l'introduction de l'instance jusqu'au jugement [4]. Ainsi l'ancien système disparut avec les distinctions qui en découlaient; on continuait cependant de se servir des formules usitées qu'une longue expérience avait appropriées aux besoins sociaux, mais naturellement sans y attacher l'importance qu'elles avaient eue auparavant [5].

D., *de fideicomm. libertatibus* 40, 5. — Fr. 6, § 3, D., *de confessis* 42, 2. « nec soleat quis ABSENTI condemnari. » — L. 1, C., *quomodo et quando iudex.* 7, 43.

[46] Fr. 31, § 2, D., *de neg. gestis* 3, 5. — Fr. 28, pr. D., *de appellationibus* 49, 1. — L. 1, C., *quorum appellationes non recipiuntur* 7, 65. Cf. L. 13, § 4, C., *de iudiciis* 3, 1. — Fr. 24, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 7, § 12, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 15, § 2, D., *ex quibus causis maiores.* 4, 6. — L. 1, C., *eodem* 2, 54. — L. 10, C., *quomodo et quando.* 7, 43.

[1] *Voy.* ci-dessus, n° 223, et § 42, notes 19-26, ainsi que l'OBSERVATION ajoutée à ce même paragraphe.

[2] L. 2, C., *de pedaneis iudicibus* 3, 3. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS. AA. ET CC. DICUNT : « Placet nobis præsides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suæ examen adhibere : ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem, omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudicis dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudicis licentia eis permissa credatur. Quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non deminuta videantur : dum tamen et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, et de libertinitate, præsides ipsi diiudicent. (294). »

[3] Les délégations se faisaient, non-seulement par les *præsides* des provinces, comme le dit la L. 2, C., *citée*, mais par tous autres magistrats ayant *iurisdictio.* L. 3, C., *ubi et apud quem.* 2, 47. — L. 14. 16. 18, C., *de iudiciis* 3, 1. — *Nov.* 53, c. 4, pr. — Une constitution de JULIEN, L. 5, C., *de pedaneis iudicibus* 3, 3, semble restreindre l'action des sous-juges. Cf. ci-dessus, n° 223.

[4] Les L. 3. 4, C., *de pedaneis iudicibus* 3, 3, montrent que déjà sous le règne de Dioclétien et Maximien, la *litis contestatio* se faisait devant le juge délégué, et c'est par ce motif que la L. 1, C., *de litis contestatione* 3, 9, de Sévère et Caracalla a, par une interpolation, reçu la rédaction sous laquelle nous la trouvons dans le Code de Justinien. *Voy.* ci-après, § 54, notes 3 et 4.

[5] CONSTANTIUS. L. 1, C., *de formulis* 2, 58. « Iuris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes

Ce changement amena des modifications dans les actes de procédure. Nous avons vu ci-dessus, § 47, que l'ancienne *in ius vocatio* avait été remplacée par un *vadimonium* réciproque des parties [6]. Déjà sous Marc-Aurèle on commença à éluder le *vadimonium*, en faisant signifier au défendeur l'action qu'on se proposait d'intenter, *denunciare* [7]. Cette dénonciation, qui se faisait par l'intermédiaire de l'autorité publique [8], fut à son tour remplacée par un simple écrit, *libellus conventionis*, qu'on faisait signifier par un huissier, *exsecutor* [9]. Le demandeur pouvait aussi adresser une requête à l'empereur, *libellus principi oblatus*, à l'effet d'obtenir un rescrit que le juge devait ensuite faire notifier à la partie adverse [10]. Devant le magistrat ou juge (car il n'y a plus lieu de distinguer ces deux termes), les points de droit étaient débattus conjointement avec les questions de fait. L'ancienne *litis contestatio*, par laquelle la procédure *in iure* devait être close autrefois, ne pouvait naturellement plus avoir lieu; mais on conservait ce nom à l'acte destiné à fixer les prétentions respectives des parties [11]. Le *jugement* était rédigé par écrit, transcrit sur les registres et notifié aux parties avec un extrait sommaire de la procédure qui avait eu lieu [12]. — La marche à suivre en cas de défaut de l'une des parties fut réglée d'une manière uniforme pour les diverses phases du procès et suivant la tendance que nous avons signalée vers la fin de

cunctorum actibus radicitus amputentur (342). » – Théodos. et Valent. L. 2, C., *eodem* (L. 1, Th. C., 2, 3). « Nulli prorsus non impetratæ actionis in maiore vel minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit (428). » — Nous voyons par Théophile, *ad* §§ 1-6. 8. 13. 14. 15. 33, I., *de actionibus* 4, 6, que les parties se servaient encore dans leurs conclusions de la rédaction des anciennes formules : *Si paret adversarium dare facere oportere, condemna eum, iudex. Si dominum me eius rei esse paret. Si paret me liberum esse*, etc.

[6] Le *vadimonium* est encore mentionné dans la *Collatio legum Mosaicarum*, II, 6, 1.

[7] Donatus *in Phormion.*, I, 2. « Et scribam tibi dicam : « *A denuntiatione in personam*, ne diceret: *Non mihi denuntiasti* ». – Aurelius Victor, *de cæsaribus*, 16. – Fr. 7, D., *de inofficioso testamento* 5, 2. – Titt. Th. C., *de denuntiatione vel editione rescripti* 2, 4; *de temporum cursu et reparationibus denuntiationum* 2, 6. — Certaines causes qui paraissent exiger célérité étaient dispensées de la *litis denuntiatio*, qu'on remplaçait alors probablement par un *libellus* (cf. ci-après note 9). Parmi ces causes, nous signalerons les *interdicta*, la *querela inofficiosi*, l'*actio tutelæ*, toutes les actions d'une valeur de moins de cent écus d'or. L. 6, Th. C., *de denuntiatione* 2, 4 et *passim*. — Sous Justinien la *litis denuntiatio* est disparue.

[8] L. 2, Th. C., *de denuntiatione* 2, 4.

[9] *Consult. veteris icti*, VI, 1. – Honor. et Theod. AA. L. 17, § 1, C., *de dignitatibus* 12, 1. – § 24, I., *de actionibus* 4, 6, et Schrader *ad h.l.* – § 3, I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. – L. 4, C., *de in ius vocando* 2, 2. – L. 3, C., *de annali exceptione* 7, 40. – *Nov.* 123, c. 8.

[10] L. 10, Th. C., *de diversis rescriptis* 1, 2. – L. un. § 1, Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis* 4, 14. – L. 2, Th. C., *unde vi* 4, 22. – L. 8, I. C., *de precibus imperatori offerendis* 1, 19. – L. 6. 7, I. C., *de diversis rescriptis* 1, 23. – *Nov.* 112, c. 3.

[11] *Voy.* ci-après, § 54.

[12] Jo. Lydus, *de magistratibus* III, 11. – L. 1. 2. 3, Th. C., *de sententiis ex periculo recitandis* 4, 17. – L. 2. 3, I. C., *eodem* 7, 44.

l'époque précédente [13]. — Une innovation conforme à l'esprit du régime impérial est l'introduction des frais de justice [14].

II. — Actes du demandeur. Actions †.

NOTION.

§ 49.

Après les développements que nous avons donnés dans les paragraphes qui précèdent, il suffit de rappeler ici brièvement les conditions essentielles dont la réunion est requise pour qu'une action puisse avoir lieu.

L'action, étant destinée à protéger nos droits, suppose nécessairement : 1° l'existence d'un droit dans notre personne; 2° une lésion de ce droit. Dans le sens qui nous occupe ici, il y a lésion toutes les fois que, par le fait (ou par l'omission) d'une autre personne, il a été créé un état de fait non conforme à notre droit [1]. Cela étant, il est évident que la faculté d'intenter une action appartient à la catégorie des droits qui demandent comme objet une personne déterminée et que les Romains appellent *obligationes* [2]. Celui qui a lésé le droit est comme le débiteur, dans une obligation; celui qui demande réparation prend le rôle de créancier. C'est probablement ce caractère de l'action qui a fait donner par Justinien une définition qui n'est pas à l'abri de tout reproche. D'après lui, *actio nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* [3]. Cette définition

[13] *Voy.* les passages cites au § 47, notes 42-46, et L. 13, § 3, C., *de iudiciis* 3, 1. — Tit. C., *quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat præsentibus partibus vel una parte absente* 7, 43. — L. 9, C., *de bonis auctoritate iudicis possidendis* 7, 72. — *Nov.* 53, c. 4, § 1; 69, c. 3; 112, c. 3.

[14] L. 7, Th. C., *de officio rectoris provinciæ* 1, 16. — Titt. Th. C., *de fructibus et litium expensis* 4, 18; 1. C., *de sportulis et sumtibus in diversis iudiciis faciendis et de exsecutione litium* 3, 2, et Basilica, *eodem* 7, 6; I. C., *de fructibus et litium expensis* 7, 51. — Cf. Lydus, *de magistratibvs* III, 13. — § 24. 25, I., *de actionibus* 4, 6, et Théophile, *ad h. l.* — § 1 in f. I., *de pœna temere litigantium* 4, 16. — L. 29, § 1. 3, I. C., *de episcopali audientia* 1, 4. — L. 12, § 1, 1. C., *de proximis scriniorum* 12, 19. — L. 4, I. C., *de castrensianis* 12, 26. — *Nov.* 17, c. 3. 4; 28, c. 3; 82, c. 5. 7. 9; 96; 112, c. 2.

† Gaius, IV, 1-114. — Tit. I., *de actionibus* 4, 6. — Titt. D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7; C., *eodem* 4, 10.

[1] Les détails seront donnés quand nous traiterons des diverses espèces de droits. *Voy.* surtout, ci-après, § 59, n° 1; § 89, B; § 118, C; §§ 121. 136. 137. 166; t. III, § 408.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 1, observation; § 3, et ci-après, t. II, § 169, note 2.

[3] Pr. I., *de actionibus*, 4, 6. — La définition adoptée par Justinien est tirée d'un passage de Celsus, F. 51, D., *de oblig. et act.* 44, 7. « Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi. » Il est possible que Celsus, en s'exprimant ainsi, n'ait entendu parler que des *actiones in personam* qu'on appelle quelquefois *actiones* par excellence. *Voy.* Fr 178, § 2. 3, D., *de verb. signif.* 50, 16, et ci-après, § 50, note 14.

est évidemment trop étroite, si l'on prend les termes dans leur véritable acception juridique : car elle ne comprendrait que les droits dont l'objet est une obligation, *deberi;* d'où il résulterait que les droits personnels et les droits réels seraient dénués d'action. Cependant on peut justifier la rédaction de Justinien en prenant le mot *deberi* dans un sens plus étendu, comme désignant tout ce qui nous revient, tout ce qui nous compète, de manière qu'il serait synonyme du mot droit[4]. Dès lors la définition serait exacte : l'action n'est autre chose que la faculté de poursuivre nos droits en justice.

Remarquons encore que le mot *actio* signifie à la fois la faculté ou le droit de réclamer la protection de la justice et le moyen que nous employons à cet effet.

Observation. De la définition et de l'analyse qui précèdent il résulte, d'une part, que l'action suppose toujours une lésion et, d'autre part, que la personne qui a le droit d'agir est libre d'user de ce droit quand et comme bon lui semble[5]. Ces deux propositions ont cependant trouvé des contradicteurs. Des interprètes du droit romain ont soutenu que, toutes les fois que nous avons un intérêt à ce qu'une question, qui peut devenir litigieuse, soit décidée actuellement, nous pouvons contraindre notre adversaire à agir sans retard[6] ; d'autres prétendent que certaines actions peuvent être intentées sans qu'il y ait lésion[7]. Des raisons de méthode nous engagent à nous borner ici à la simple indication de ces controverses, sauf à les discuter plus tard, quand nous nous occuperons des matières auxquelles elles se rapportent[8].

DIVISIONS DES ACTIONS.

§ 50. *In rem, in personam actiones* (*actiones mixtæ, actiones in rem scriptæ*).

Puisque toute action suppose comme conditions essentielles l'existence et la lésion d'un droit, il est évident que la principale division des actions

[4] On trouve même dans des ouvrages de droit cette acception vulgaire du mot *deberi*. Ainsi d'un droit réel, Fr. 9, D., *si serv. vindicetur* 8, 5. « Si eo loco per quem mihi iter debetur... » et *passim*. *Voy.* aussi Gruteri, *Inscript.*, p. 201, 3. « Per hanc viam fundo C. Marci C. L. Phileronis iter actus debetur. »

[5] Cf. Fr. 5, § 6, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. « .... Cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure ». — L. 1, C., *ut nemo invitus agere cogatur* 3, 7. « Invitus agere vel accusare nemo cogatur ».

[6] On invoque à l'appui de cette thèse particulièrement deux textes qu'on a l'habitude de citer d'après les mots par lesquels ils commencent, la loi *Si contendat*, Fr. 28, D., *de fideiussoribus* 46, 1, et la loi *Diffamari*, L. 5, C., *de ingenuis manumissis* 7, 14.

[7] On compte comme telles les interdits *retinendæ possessionis* et les actions confessoire et négatoire.

[8] *Voy.* ci-après, pour les interdits *retinendæ possessionis*, § 89, B ; pour les actions négatoire

doit être basée sur la différence des droits qu'elles servent à garantir et à protéger. C'est en effet sur cette base que repose la grande division des Romains en *in rem actiones* et *in personam actiones* [1].

I. On appelle *in personam actio* celle qui a pour but de garantir un *droit d'obligation* et d'en poursuivre l'exécution ; toute autre action est *in rem*. La notion de l'action *in rem* est donc négative ; elle embrasse tout ce qui n'est pas *actio in personam* [2]. En appliquant ces idées à la division des droits que nous avons établie au § 4, nous trouvons que la lésion d'un droit d'obligation fera naître une *actio in personam*, tandis que l'*actio in rem* sera provoquée par la lésion d'un autre droit quelconque, soit d'un droit réel, soit d'un droit personnel, soit d'un droit d'hérédité [3].

Cette division est si importante que nous sommes obligé de l'examiner avec plus d'attention, et surtout de nous rendre compte de l'idée qui lui a servi de base et des conséquences qu'elle entraîne.

En considérant les éléments constitutifs des divers droits au point de vue de la lésion qu'ils peuvent subir, nous remarquons que les obligations diffèrent essentiellement des autres classes de droits. En effet, les droits d'obligation supposent nécessairement une personne déterminée dont le fait est l'objet de notre droit. Notre droit est lésé dès que la personne obligée ne fait pas ce qu'elle doit faire, et pareille lésion ne peut jamais provenir que de cette personne. Il n'en est pas de même des autres droits, tant réels que personnels, qui ne supposent point une personne déterminée hors nous, et qui dès lors peuvent être lésés par le premier venu. C'est cette considération, fondée sur la nature des droits, qui a guidé les Romains dans leur division. La même considération a présidé à la rédaction de la formule pour les deux classes d'actions. Dans l'*intentio* de l'action tendante à obtenir l'exécution d'un droit d'obligation, il fallait bien nommer la personne du débiteur, parce qu'elle est un élément constitutif du droit : *Si paret, N. Negidium dare facere oportere* [4].

et confessoire, §§ 121. 136 ; pour la loi *Si contendat*, t. II, § 263 ; pour la loi *Diffamari*, t. III, § 350.

[1] § 1, I., *de actionibus* 4, 6. « *Omnium actionum*, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacumque re quæritur, *summa divisio* in duo genera deducitur : Aut enim *in rem* sunt, aut *in personam*... »

[2] Tel est, en général, le sens de la locution *in rem*, quand on l'oppose à *in personam*. Elle embrasse tout ce qui ne se rapporte pas à une personne *déterminée*. Fr. 7, § 8, D., *de pactis* 2, 14. « *In rem*... quoties generaliter paciscor, ne petam : *in personam*, quoties, ne a persona petam » et *passim*. *Voy.* encore ci-après, t. II, § 295.

[3] § 1, I., *de actionibus* « Namque agit unusquisque aut *cum eo, qui ei obligatus est*, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ actiones *in personam* sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis : aut *cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est*, movet tamen alicui de aliqua re controversiam ; quo casu proditæ *actiones in rem* sunt... » *Voy.* aussi Gaius, IV, 1-3. — Fr. 25, D., *de obl. et act.* 44, 7 et *passim*.

[4] Nous aurons à expliquer aux endroits convenables les exceptions que cette règle subit dans les *actiones in rem scriptæ* et dans les interdits. *Voy.* ci-après, n° III, et § 71.

Dans tous les autres cas, pareille désignation n'était pas nécessaire [5]; car la personne du défendeur n'influe en rien sur le fondement du droit : *Si paret fundum Capenatem ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus P. Servilio restituetur. Si paret, A. Agerium liberum esse* [6]. On pouvait donc dire que l'*intentio* tendant à la poursuite d'un droit d'obligation était *in personam concepta;* et, par antithèse, on appelait *in rem concepta* toute autre formule. De là le nom des actions mêmes : *in rem* et *in personam actiones* [7].

Dans les cas qui peuvent donner lieu à une *actio in personam*, la personne du défendeur est donc toujours connue, dès que le droit auquel l'action se rapporte existe, et même avant la lésion [8]. Dans les cas qui peuvent donner lieu à une *actio in rem,* au contraire, la personne du défendeur, étrangère à l'existence du droit, n'est donnée que par la lésion même. Or, dans certains cas, particulièrement quand il s'agit du droit de propriété, cette lésion résulte de ce qu'un autre détient notre chose et nous empêche ainsi d'exercer notre droit de propriété. C'est cette particularité qui a donné lieu à une définition assez répandue, d'après laquelle l'*actio in rem* serait celle que nous pouvons intenter contre quiconque se trouve en possession de notre chose ou de notre droit. Cette soi-disant

[5] Qu'on n'objecte point que dans la formule des actions confessoire et négatoire, le nom du défendeur peut se rencontrer, et que même dans l'action négatoire il se rencontre habituellement: ce sont là des faits accidentels, comme nous le verrons ci-après, quand nous traiterons de ces actions, §§ 121. 136. 137.

[6] En effet, le défendeur n'intervient dans l'affaire que comme cause de lésion. Dès lors il suffit de le nommer dans la *condemnatio*. C'est probablement par le même motif que l'on n'exigeait point de *demonstratio* dans la formule des *in rem actiones*. Les faits sur lesquels le demandeur fonde son droit n'ont, en effet, aucun rapport direct avec la contestation qui s'élève et qui est uniquement provoquée par la lésion que le défendeur occasionne, en possédant, par exemple, la chose du demandeur ou en lui contestant l'exercice de son droit personnel, réel ou héréditaire. *Voy.* ci-dessus, § 44, note 16.

[7] C'est ainsi que ces actions sont ordinairement appelées dans nos sources, quoique souvent aussi nous trouvions l'inversion : *actio in rem, actio in personam*. Nous saisissons cette occasion pour faire observer que les jurisconsultes romains ont l'habitude de placer le régime devant le mot qui le régit, et de faire précéder le terme général du terme qui en fixe le sens dans l'espèce, par exemple : *in integrum restitutio, rei vindicatio — scriptum ius, servile caput.*

[8] Il peut se faire, à la vérité, que, dans une *actio in personam*, la personne du défendeur ne soit connue qu'au moment même de la lésion du droit; mais cela proviendra de ce que, par des circonstances accidentelles, le droit d'obligation a été lésé au même instant où il a pris naissance, ce qui arrive ordinairement dans les obligations qui résultent d'un délit. Dans tous les cas, il faut bien se garder de confondre la lésion qui constitue le délit avec la lésion qui donne lieu à l'*actio in personam*. La lésion qui constitue le délit fait naître une obligation; la lésion de cette obligation, c'est-à-dire le refus ou le retard de la remplir, fait naître l'action. Dans la plupart des cas, il est vrai, ces deux lésions existeront ensemble et au même moment; mais cela n'est point *nécessaire,* et le contraire peut arriver. En supposant, par exemple, que le chevalier romain dont parle AULU-GELLE, XX, 1, 13, eût eu soin de faire donner les 25 as *précisément au même moment* où il donnait le soufflet, il est évident que ce payement n'aurait pas empêché l'existence de l'injure; mais il n'y aurait point eu d'action. *Voy.* ci-après, t. II, § 272, note 6.

définition a d'abord le grand défaut de ne pas faire connaître la nature de l'objet à définir, mais d'indiquer tout simplement une conséquence de la nature particulière de cet objet, ce qui la rend entièrement inutile. Ensuite elle est fausse; car elle exclut plusieurs actions qui, par leur nature et par la disposition expresse de la loi, appartiennent à la catégorie des *actiones in rem* [9]. Nous nous bornons ici [10] à citer les actions qui se rapportent aux droits personnels et que nous devons nécessairement ranger parmi les *actiones in rem* [11].

Nous avons vu, au paragraphe précédent, que toute action, dès le moment qu'elle existe, établit un lien obligatoire entre le demandeur et le défendeur. Dans l'*actio in rem*, ce lien ne commence à exister qu'au moment où l'action est intentée; dans l'*actio in personam*, au contraire, il y avait déjà une obligation antérieure. Cette différence se montre également dans le but de l'action. Le but des *actiones in personam* est d'obtenir que le défendeur soit condamné à exécuter la prestation qu'il nous doit, ce qui amène nécessairement l'extinction du droit d'obligation qui servait de fondement à l'action. Dans l'*actio in rem*, au contraire, le but direct est la reconnaissance et, par suite, le maintien du droit contesté: il peut s'ensuivre une condamnation, mais cette condamnation n'est qu'un effet secondaire de la reconnaissance de notre droit [12].

Pour désigner les *actiones in rem*, les Romains se servent aussi des mots *vindicationes* et *petitiones* [13], quoique ces termes ne se rapportent

[9] Elle est encore fausse, parce qu'elle ferait entrer les *actiones in rem scriptæ* dans la catégorie des *actiones in rem. Voy.* ci-après, nº III.

[10] Il nous serait facile de citer d'autres cas. Ainsi il est évident que l'action par laquelle nous poursuivons la reconnaissance d'un droit de servitude est, dans bien des cas, dirigée contre quelqu'un qui ne se trouve nullement en possession de la chose, ni même du droit litigieux, par exemple, quand il s'agit du *ius tigni immittendi*, c'est-à-dire du droit d'avoir des poutres placées dans le mur du voisin.

[11] § 13, I., *de actionibus* 4, 6. « *Præiudiciales actiones in rem esse* videntur, quales sunt per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu adgnoscendo... » Le mot *videntur* ne peut faire de difficulté; car, dans le langage des jurisconsultes, *videri* signifie souvent *être évident*. DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, v. *videri*. *Voy.* encore THÉOPHILE, *ad h. l.*, et ci-après, § 53, II.

[12] Aussi, dans les *in rem actiones* qui ont pour fondement un droit personnel, le jugement se borne-t-il à constater l'existence du droit litigieux par une simple déclaration, *pronuntiatio;* ce qui fait classer les *quæstiones status* parmi les *actiones præiudiciales. Voy.* ci-dessus, § 44, note 17, et ci-après, § 53, II. — Dans les *in rem actiones*, qui ont pour fondement un droit patrimonial, la sentence se compose régulièrement de deux parties : 1º de la *pronuntiatio* qui constate et déclare que le droit appartient au demandeur : *hanc rem* Aⁱ Aⁱ *esse; ius esse* Aº Aº *utendi fruendi; hereditatem* Aⁱ Aⁱ *esse;* 2º de la *condemnatio*, qui prescrit les mesures nécessaires pour mettre fin à la lésion et pour la réparer. *Voy.* ci-après, § 51, note 16, et pour les détails, ce qui sera dit à propos de la revendication, § 119; de l'action négatoire, §§ 121. 137; de l'action confessoire, § 136; de la pétition d'hérédité, t. III, §§ 408 sq. *Voy.* aussi ci-après, § 89, c, et § 166, c.

[13] Cette terminologie, qui, au reste, est loin d'être rigoureuse (*voy.* les textes cités dans la note suivante), s'explique aisément par les détails que nous aurons à donner dans le cours de l'ouvrage, sur les actions relatives aux droits personnels (questions d'État, § 53, II, et t. III, § 502) et sur les actions relatives au droit d'hérédité. *Voy.* ci-après, t. III, §§ 407 sqq.

rigoureusement qu'à la revendication de la propriété [14]. Les *actiones in personam* sont quelquefois appelées *actiones* par excellence, et dans les derniers temps, on leur appliquait aussi, d'une manière à peu près générale, le nom de *condictiones* qui, dans le principe, avait eu une signification beaucoup plus restreinte [15].

II. Il se peut que la lésion qui donne lieu à une *in rem actio* contienne également des faits qui produisent une obligation. Par exemple, celui qui retient illégalement une chose portant des fruits ne lèse pas seulement le droit de propriété, mais il cause encore un dommage au propriétaire en le privant des fruits que celui-ci avait le droit de percevoir. Ce dommage établit une obligation à sa charge envers le propriétaire lésé. Il y aurait donc lieu à intenter deux actions : l'une *in rem*, en reconnaissance du droit de propriété; l'autre *in personam*, tendante à obtenir la réparation du dommage. Mais comme le jugement sur ce dernier point dépend nécessairement du jugement sur la question de propriété, on considère la condamnation aux dommages et intérêts comme un accessoire de l'*actio in rem* [16].

Dans d'autres cas, on a cru voir un concours de l'élément personnel et de l'élément réel qui ne permettrait pas de considérer l'un comme l'accessoire de l'autre. Cela a eu lieu dans les actions qui ont pour but le partage d'une chose commune et qui sont au nombre de trois, savoir : l'*actio finium regundorum*, en règlement de bornes, l'*actio familiæ erciscundæ*, en partage d'une succession, et l'*actio communi dividundo*, tendante au partage de toute autre communauté. A cause de ce concours apparent des deux éléments, Justinien donne à ces actions la qualification de *mixtes* [17]. Nous nous réservons de démontrer ultérieurement, quand nous traiterons de la matière, que cette appréciation est le résultat d'une erreur et que les actions en partage sont de véritables *actiones in personam* [18]. — Une expression peu exacte qui se rencontre dans une loi du Code a donné

[14] *Voy.*, sur la terminologie en général, GAIUS, IV, 5. — § 15, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 25, pr. Fr. 28, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. — Fr. 178, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. — Cf. Fr. 52, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 1. 27, § 3, D., *de rei vindicatione* 6, 1. — Fr. 1, pr. D., *de Sc. Maced.* 14, 6. — Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 9, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1. — L. 11, C., *de usufructu* 3, 33.

[15] *Voy.* ci-après, t. II, § 194.

[16] *Voy.* ci-après, §§ 119. 121. 136. 137.

[17] § 20, I., *de actionibus* 4, 6. « Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio..., item communi dividundo..., item finium regundorum... » — Fr. 22, § 4, D., *famil. ercisc.* 10, 2. « ... Ex duobus constat, id est, rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones. » — Au Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7, Ulpien appelle ces actions *mixtes* sous un autre point de vue, comme synonymes de *iudicia duplicia*. *Voy.* ci-après, § 53, III. — En général, le mot *mixte* a une signification vague qui ne se détermine que par l'antithèse. *Voy.* encore § 53, notes 1. 7, et § 71.

[18] *Voy.* ci-après, t. II, § 278.

lieu à une autre opinion erronée, d'après laquelle la pétition d'hérédité, qui est une *in rem actio,* aurait également un caractère mixte [19].

III. Il nous reste à parler d'une classe d'actions que l'on désigne ordinairement par le nom d'*actiones in rem scriptæ.* Ces actions sont de leur nature personnelles [20]; mais de fait, elles ont une direction réelle qui leur a été imprimée par la loi positive. Cette particularité tient à ce que, dans certains cas, le droit romain fait naître une obligation d'une circonstance fortuite et indépendante de la volonté de la personne obligée. Nous donnerons les détails en traitant des Obligations, nous bornant ici à citer un exemple dont l'exposé servira d'explication à ce que nous venons de dire. Si le fleuve enlève par une force subite ma barque et l'entraîne sur le fonds de mon voisin, celui-ci se trouvera, par suite de cet événement fortuit, dans un rapport obligatoire envers moi. Il est bien vrai qu'il n'a rien fait pour créer cette obligation ; mais par la loi il est obligé de me mettre à même de reprendre ma barque. S'il le refuse, je puis intenter contre lui une action qui est appelée *actio ad exhibendum*, à cause du but vers lequel elle tend. Cette action, on le voit, est, par sa nature, personnelle, car elle a pour fondement l'obligation que nous venons d'indiquer. Mais cette obligation même dépend de l'existence de ma barque sur le terrain du voisin, à tel point que, si demain la barque était emportée par le torrent sur le terrain d'un autre voisin, le premier cesserait d'être obligé, et l'obligation passerait au second, contre lequel je devrais dès lors intenter mon *actio ad exhibendum* [21]. L'action est donc pour ainsi dire attachée à la barque, non pas qu'elle soit fondée sur un droit réel [22]; mais parce que l'obligation qui donne lieu à l'action suit la chose partout où elle se trouve. C'est par ce motif que les actions de ce genre, quoique essentiellement personnelles, sont appelées *in rem scriptæ* [23].

[19] L. 7, C., *de hereditatis petitione* 3, 31. *Voy.* ci-après, t. III, § 408.

[20] Cette proposition, qui est d'ailleurs incontestable, est surabondamment reconnue dans nos sources. § 31, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 6, § 5, D., *de aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3.

[21] Fr. 5, § 4, D., *ad exhibendum* 10, 4.

[22] En effet, 1° il se peut que le voisin ne conteste aucunement que je sois propriétaire de la barque; 2° pour intenter l'action, il n'est pas même nécessaire que je sois propriétaire : il suffit que j'aie un intérêt à l'exhibition. Fr. 3, § 9-12. Fr. 19, D., *ad exhibendum* 10, 4, et ci-après, t. II, § 285.

[23] Ce nom qui, au reste, ne se rencontre qu'une seule fois dans nos sources (Fr. 9, § 8, D., *quod metus causa.* 4, 2 ; le Fr. 4, § 33, D., *eodem*, parle d'une *exceptio in rem scripta*), provient probablement de la ressemblance qui devait exister entre l'*intentio* de ces actions et l'*intentio* des *actiones in rem.* En effet, comme l'obligation du défendeur ne provenait pas nécessairement d'un fait personnel à lui, mais pouvait dépendre d'une circonstance étrangère à sa volonté, il n'était pas nécessaire de mentionner son nom dans cette partie de la formule. *Voy.* ci-dessus, notes 9 et 10. — On compte parmi les *actiones in rem scriptæ :* l'*actio quod metus causa* (t. II, § 203), l'*actio ad exhibendum* et les autres actions tendantes à exhibition (§ 285), certaines actions qui se rapportent aux obligations résultant de rapports de voisinage (§ 283), l'*actio de pauperie* et, en général, les *actiones noxales* (§ 282), l'*actio Pauliana* dans certains cas (§ 300), l'*interdictum quod legatorum* (t. III, § 424)

§ 51. *Civiles, honorariæ actiones. — Stricti iuris, bonæ fidei, arbitrariæ actiones.*

I. *Civiles, honorariæ actiones* [1]. *Actiones civiles* sont celles qui dérivent du *ius civile*. Ce terme comprend donc toutes les actions introduites soit par la coutume, soit par la législation tant de la république que de l'empire, soit enfin par l'interprétation des jurisconsultes et par la pratique. *Honorariæ* sont celles qui doivent leur origine aux édits des magistrats. La majeure partie des actions honoraires a été créée par les préteurs, *actiones prætoriæ* : il y a aussi quelques *actiones ædiliciæ* [2]. — La division des actions en *civiles* et *honorariæ* n'a plus aucune importance dans le droit nouveau. Anciennement elle n'était pas sans conséquences pratiques. Ainsi pendant longtemps les actions civiles n'étaient point sujettes à la prescription, tandis que les actions honoraires se prescrivaient, en général, par un laps de temps assez court. En outre, un grand nombre d'actions civiles avaient une formule *in ius concepta*, tandis que toutes les actions honoraires étaient nécessairement *in factum conceptæ*. Enfin, d'après ce que nous savons des *iudicia legitima* et des *iudicia imperio continentia*, nous serions tentés de croire que toutes les actions honoraires appartenaient à cette dernière catégorie; cependant Gaius nous apprend qu'une action prétorienne pouvait constituer un *legitimum iudicium* [3].

II. *Stricti iuris, bonæ fidei, arbitrariæ actiones*. Cicéron, dans l'une de ses plaidoiries, établit une distinction entre *iudicia* proprement dits et *arbitria*, et nous apprend que, dans les premiers, le jugement de la question contentieuse était aussi simple que rigoureux, en ce sens que le juge, étroitement circonscrit par la formule, devait décider par OUI ou par NON, tandis que, dans les derniers, il avait un certain pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation et l'évaluation des droits respectifs des parties [4]. Cette différence dans l'examen de la question entraînait des conséquences pratiques assez importantes que nous trouvons signalées dans la législa-

[1] § 3, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 25, § 2, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7.

[2] Fr. 65, § 9, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. « ... Prætoriis actionibus... » – § 1, I., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* 4, 9. « ... Præter has autem ædilicias actiones... » – Tit. C., *de ædiliciis actionibus* 4. 58. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 194. 213. 282, vers la fin.

[3] GAIUS, IV, 109. « Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse... Si ex ea causa ex qua nobis edicto Prætoris datur actio, Romæ sub uno iudice inter omnes cives romanos accipitur iudicium, legitimum est. »

[4] CIC., *pro Roscio comœdo*, 4. « ... Si amplius numo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti : propterea quod aliud est *iudicium*, aliud *arbitrium*. Iudicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. Ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus... Quid est in iudicio? directum, asperum, simplex : SI PARET H. S. IↃↃↃ DARI OPORTERE. Hic, nisi planum facit, H. S. IↃↃↃ ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum, QUANTUM ÆQUIUS MELIUS... »

tion de Justinien, à propos d'une division qui comprend les termes *actiones stricti iuris*, *bonæ fidei* et *arbitrariæ* [5]. Les Institutes, qui mentionnent cette division d'une manière formelle, ne nous font pas connaître la base sur laquelle elle est fondée ; mais il est facile de s'apercevoir qu'il en doit être comme de la division de Cicéron, dans laquelle le *certum* était à la fois la condition essentielle et le caractère distinctif des *stricta iudicia*.

On comprend, en effet, que le jugement soit plus simple et à la fois plus rigoureux quand il s'agit de donner un objet déterminé d'avance, *certum*, que lorsqu'il faut apprécier la nature et estimer la valeur de la prestation réclamée. Dans le premier cas, le juge n'a qu'à examiner la question de savoir si la chose est due ; dans le second, il doit apprécier l'étendue de l'obligation et évaluer le montant de la condamnation [6]. Il est évident que la marche à suivre dans cette appréciation doit varier selon les circonstances, et qu'il n'y a pas moyen de la soumettre à des règles certaines, tracées d'avance. Le préteur, en imposant au juge cette tâche d'appréciation, devait donc lui laisser une certaine latitude [7], et c'est pourquoi on appelait ce juge-expert de préférence *arbiter*, et *arbitria* les jugements qui lui étaient soumis [8]. Cette latitude se montrait surtout en ce que l'*arbiter* pouvait tenir compte de toutes les objections (*exceptiones* et ce qui s'ensuit) que les parties présentaient dans le cours des débats [9] ; tandis que le *iudex* proprement dit devait se conformer rigoureusement à l'ordre du préteur : *si paret*, *condemna* ; *si non paret*,

[5] § 28-31, I., *de actionibus*, 4, 6. Cf. ci-après, note 11.

[6] Cic., *pro Roscio comœdo*, 4. « Iudicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. »

[7] Il est probable que, dans le choix du juge, le préteur avait aussi une plus grande latitude. Tandis que, dans les *iudicia* proprement dits, le *iudex* devait être pris dans la matricule officielle, ou, comme dit Sénèque, *de benef.*, III, 7, « *iudex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit* », il pouvait paraître préférable, dans les *arbitria*, de le prendre en dehors de l'*album*, parmi les personnes ayant des connaissances spéciales. Cf. ci-dessus, nos 96. 100. 101, et ci-après, § 86, 1 *in fine*, ainsi que de Savigny, *Système*, t. V, § 218, dans l'appendice qui se trouve à la fin de ce tome et où sont invoqués à l'appui de cette hypothèse Sénèque, *de beneficiis*, III, 7, et Pline, *H. N.*, *Dedicatio*.

[8] Festus, v. « *Arbiter* dicitur iudex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem. » — Cette terminologie, au reste, n'est ni rigoureuse ni exclusive. Cf. Cic., *pro Murena*, 12 in f. Le terme technique pour désigner le citoyen chargé du jugement est toujours *iudex*.

[9] Cic., *pro Roscio com.*, 4, transcrit ci-dessus, note 4, et *ibidem* : « Eumdemne tu arbitrum et iudicem sumebas? Eidem et infinitam largitionem remittebas, et eumdem in angustissimam formulam sponsionis concludebas ? Quis umquam ad arbitrum, quantum petiit, tantum abstulit ? Nemo. Quantum enim æquius esset, sibi dari petiit. » — Sénèque, *de clementia* II, 7. « ... Clementia liberum arbitrium habet : non sub formula, sed ex æquo et bono iudicat, et absolvere illi licet, et quanti vult, taxare litem. » — Le même, *de benefic.*, III, 7. « ... Ideo melior videtur condicio causæ bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittitur : quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit ; huius libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest, et adiicere, et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere... » *Voy.* aussi, ci-après, § 61 et t. II, § 195.

absolve, et ne pouvait avoir égard qu'aux *exceptiones* qui étaient expressément insérées dans la formule.

Le pouvoir discrétionnaire de l'*arbiter* était ordinairement indiqué dans l'*intentio*, qui portait qu'il devait, suivant le résultat de son examen, condamner à QUIQUID DARI FIERI OPORTET *ex fide bona, ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione, quantum æquius melius* [10]. De là vient le nom de *bonæ fidei actiones*, qui se trouve comme terme technique dans les ouvrages des jurisconsultes classiques et dans la compilation de Justinien, en opposition à *stricta iudicia, stricti iuris actiones* [11].

Il n'est pas difficile de suivre les traces de cette division jusqu'aux temps les plus reculés. Le *iudicium* proprement dit est évidemment la procédure la plus ancienne : le *sacramentum* n'en admettait pas d'autre. C'est probablement le besoin d'y déroger dans certains cas qui fit créer la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem,* source des jugements que Cicéron qualifie d'*arbitria*. La *legis actio per condictionem* et l'introduction de la procédure formulaire modifièrent la simplicité du système. La *condictio* ne s'appliquant originairement qu'à *pecunia certa,* ou tout au plus *res certa* [12], ne pouvait, dans le principe, donner lieu qu'à un *iudicium strictum*. Mais il n'en fut plus de même quand ce mode de procéder eut été étendu à des prestations qui avaient pour objet un *incertum*. Dès lors, en effet, comme la formule ordonnait de condamner à QUIQUID DARI FIERI OPORTET, il fallut bien accorder au *iudex* un certain pouvoir d'appréciation [13], et les *condictiones incerti* vinrent se joindre au groupe des *bonæ fidei actiones* [14]. D'autre part, les demandes qui tendaient à obtenir la res-

[10] CICÉRON, *topica*, 17 (16). « In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus, EX FIDE BONA, est additum : ubi vero etiam, INTER BONOS BENE AGIER : imprimis in arbitrio rei uxoriæ, in quo est, ÆQUIUS MELIUS... » — LE MÊME, *partit. orat.*, 37; *de offic.*, III, 15. 16. 17 ; *epist. ad famil.*, VII, 12.

[11] Le terme *bonæ fidei actiones* est d'un usage fréquent. La locution *stricti iuris actio* ne se rencontre que dans le § 28, I., *de actionibus* 4, 6; encore y a-t-il des manuscrits qui, au lieu de *stricti iuris,* lisent *stricti iudicii*. Au § 30, I., *eodem*, nous trouvons *stricta iudicia;* le Fr. 5, § 4, D., *de in litem iurando* 12, 3, parle d'*actiones stricti iudicii;* dans le Fr. 3, § 2, D., *commodati* 13, 6, nous lisons ce qui suit : « ... In... bonæ fidei iudiciis... rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observatur; quamvis in stricti, litis contestatæ tempus spectetur. » Enfin, la L. un. § 2, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13, qualifie une action de *stricto iure vallata*.

[12] Il est vrai que, sous le système formulaire, quand il s'agissait de RES *certa,* le *iudex* devait estimer la valeur de la chose due, parce que la *condemnatio* ne pouvait être que pécuniaire (§ 45, note 3). Mais cette évaluation ne se faisait point à l'effet d'apprécier l'étendue de l'obligation poursuivie, qui était certaine et déterminée. (Cf. ci-après, t. II, § 195, notes 3 sqq.) Cependant, cette mission, attribuée au juge, ne laisse pas que d'affaiblir quelque peu le caractère strict de l'action. Ainsi l'on admet, entre autres, que dans la *condictio* REI *certæ,* le défendeur doit les fruits à partir de la *litis contestatio,* tandis que la condamnation dans le *iudicium* PECUNIÆ *certæ* ne peut jamais excéder la somme réclamée. *Voy.* ci-après, § 54, note 21 ; t. II, § 176 *in fine;* 102, note 3; 195, note 28; 277, notes 26 sqq. et t. III, § 423, B.

[13] Ce QUIDQUID (ou anciennement QUANTUM ÆQUIUS MELIUS) implique en effet l'*arbitrium*. LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 21. 22. — CIC., *de officiis, III,* 16; *pro Roscio comœdo,* 4.

[14] *Voy.* ci-après, t. II, § 195, note 8, et OBSERVATION.

titution ou l'exhibition d'une chose, même certaine, donnaient également lieu à un *arbitrium*. Dans ces actions, en effet, le défendeur qui ne se libérait point par une restitution ou exhibition volontaire s'exposait à une condamnation pécuniaire que le juge devait estimer en appréciant les circonstances de la cause, *ex æquo et bono*. Sous le régime des *legis actiones*, cette appréciation faisait, dans les *in rem actiones*, l'objet d'un *arbitrium* particulier qui suivait le jugement de la *sacramenti actio* [15]; dans le système formulaire, le tout est réuni dans une seule sentence [16] et l'action entière porte le nom de *arbitraria actio* [17].

D'après cela, nous arrivons, pour le droit des jurisconsultes classiques et de Justinien, aux résultats suivants :

A) Les *iudicia stricta* ou *stricti iuris* comprennent les *actiones in personam*, tendantes à obtenir la dation d'un *certum* et dans lesquelles le juge doit se renfermer rigoureusement dans les limites tracées par la formule sans pouvoir tenir compte des moyens que les parties voudraient faire valoir en dehors des instructions qui y sont indiquées.

B) En dehors des *stricta iudicia*, nous avons à distinguer :

1° Les *bonæ fidei actiones*, actions personnelles [18] dans lesquelles il s'agit d'une prestation à apprécier et à évaluer par le juge, auquel il est permis, à cet effet, de tenir compte des exceptions que les parties pourront produire devant lui, alors même que ces moyens ne se trouveraient point indiqués dans la formule.

2° Les *actiones arbitrariæ* dans lesquelles le juge a la mission de se faire médiateur entre les parties, afin de donner au défendeur la faculté d'éviter la condamnation en s'exécutant volontairement : *si non restituat, nisi exhibeat, condemna* [19]. Ces actions, qui tendent, dans la plupart des cas, à la restitution ou à l'exhibition d'une chose, peuvent être soit *in rem*, soit *in personam*, et ressemblent aux *bonæ fidei actiones* par la latitude

[15] *Voy.* ci-après, § 117, notes 14. 24.

[16] Dans la revendication et dans les actions négatoire et confessoire, la sentence se compose cependant encore dans le droit nouveau de deux éléments : 1° de la *pronuntiatio*, reconnaissant le fondement de l'action et 2° éventuellement de la *condemnatio*, ayant pour but de faire obtenir au demandeur vainqueur la restitution ou les dommages et intérêts dus en cas de non-restitution. *Voy.* ci-après, §§ 119. 121. 136. 137.

[17] § 31, I., *de actionibus* 4, 6. « Præterea quasdam actiones *arbitrarias,* id est, ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur... In his enim actionibus... permittitur iudici ex bono et æquo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat ». — Cf. Gaius, IV, 163. « ... Accipit formulam, quæ appellatur arbitraria : nam iudicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur ; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur... » *Voy.* encore ci-après, note 26.

[18] *Voy.* ci-après, note 25.

[19] *Voy.* ci-dessus, note 17 et § 45, notes 3. 5.

laissée au juge dans l'évaluation de la condamnation [20]; mais, en ce qui concerne la partie de la contestation relative au fondement de l'action, la procédure pourra être *stricti iuris* ou *bonæ fidei*, suivant la nature de l'objet de la demande. Ainsi, quand cet objet est certain et déterminé, comme dans la revendication [21], la question de savoir si le demandeur a le droit qu'il poursuit, constitue un *iudicium*, et les parties doivent avoir soin de faire insérer dans la formule les exceptions et moyens dont elles comptent faire usage. Quand, au contraire, il s'agit d'une prestation incertaine, comme dans l'action qui a pour objet la restitution d'un dépôt, l'examen du fond se fera *ex fide bona*, tout comme l'évaluation de la *condemnatio* [22].

Nous nous bornons ici à ces notions générales, sauf à faire connaître ailleurs avec plus de détail les différences pratiques entre les actions de droit strict et celles de bonne foi [23]. Il importe pourtant de faire observer encore que la division que nous venons d'exposer est loin d'épuiser la matière des actions. Elle ne s'applique d'abord point aux actions concernant les droits personnels; mais même parmi les actions qui se rapportent aux droits patrimoniaux, il en est un grand nombre qui n'entrent dans aucune des trois catégories. Le *strictum iudicium* n'a lieu que quand il s'agit d'une action personnelle tendante à la dation d'un *certum* [24]. Les *bonæ fidei actiones* sont aussi exclusivement *in personam;* encore cette qualification n'est-elle donnée qu'aux actions qui servent à poursuivre des obligations résultant de contrats ou de rapports analogues aux contrats [25]. Enfin, quoique la catégorie des *arbitrariæ actiones* comprenne aussi bien des actions réelles que des actions personnelles, elle est loin d'embrasser toutes les actions non comprises dans les deux autres catégories [26].

[20] Gaius, IV, 47. — Fr. 58, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. — Fr. 38. 68, D., *de rei vindicatione* 6, 1. — Fr. 7, D., *si servitus vindicetur* 8, 5 et *passim*. *Voy.*, pour les détails, ci-après, §§ 119 sq.; § 121 *in fine;* § 136 *in fine;* § 137 *in fine*.

[21] Il en est de même des actions négatoire et confessoire, dans lesquelles il s'agit de savoir si *tel droit déterminé* appartient au défendeur ou au demandeur. *Voy.* ci-après, note 24.

[22] Gaius, IV, 47.

[23] *Voy.* ci-après, au livre des Obligations, t. II, § 195.

[24] En nous exprimant ainsi, nous prenons le terme *actio stricti iuris* dans le sens étroit qui lui est donné dans le *Corpus iuris*, comme formant antithèse aux *bonæ fidei actiones*. Abstraction faite de cette antithèse, il est évident que toute contestation qui a pour objet l'existence ou la non-existence d'un droit déterminé doit être jugée d'après le *ius*, qui ne peut être que *strictum*. Cf. *Vaticana fragm.* 53. C'est pourquoi la procédure qui détermine la *pronuntiatio* dans les *in rem actiones* est nécessairement *stricti iuris*, alors même qu'il s'agirait d'un droit de servitude, bien que la promesse de constituer un pareil droit soit considérée comme une *stipulatio* INCERTI. Dans cette matière, comme dans tant d'autres, on oublie trop souvent que les Romains parlaient latin et que, dès lors, nous ne pouvons pas toujours donner une signification exclusive et technique aux termes dont se servent les jurisconsultes. Cf. ci-après, § 52, note 2.

[25] *Voy.* ci-après, t. II, § 195, notes 21-24.

[26] Nous ne trouvons dans nos sources aucun essai d'énumérer les *actiones stricti iuris*, et cela s'explique aisément par la raison que ce n'est pas la nature de l'action, mais bien l'objet réclamé

Observation. — Dans l'exposé qui précède, nous avons cherché à établir que c'est le *certum* qui constitue la condition essentielle et en même temps le caractère distinctif des *stricti iuris actiones*. C'est par voie d'induction que nous sommes arrivé à cette conclusion, qui ne se trouve en termes exprès dans aucun passage de nos sources de droit [27]. Les jurisconsultes romains, en effet, quand ils mentionnent notre division, s'occupent exclusivement de sa portée pratique sans en examiner la base originaire. Justinien se place au même point de vue dans ses Institutes, et c'est en procédant ainsi qu'il a été amené à donner arbitrairement la qualité de *bonæ fidei iudicia* à certaines actions, uniquement par la raison qu'il voulait leur attribuer les effets que les actions de bonne foi produisaient naturellement dans l'ancien droit [28]. Il n'est donc pas étonnant que les jurisconsultes modernes aient généralement méconnu la base de la division en *actiones stricti iuris* et *bonæ fidei* et qu'il aient cherché le caractère distinctif des deux catégories non pas dans l'objet de la demande, mais dans la nature juridique du rapport qui donne lieu à l'action. Cette confusion était d'autant plus facile, que la diversité de la procédure avait créé entre les actions de droit strict et celles de bonne foi des différences matérielles, qui continuèrent de subsister alors que les causes qui les avaient fait naître eurent disparu depuis longtemps. Des raisons de méthode nous défendent d'entrer ici dans les détails de la question, qui trouveront leur place plus convenablement au livre troisième, où nous

qui imprime ce caractère à la procédure. Les énumérations des *bonæ fidei actiones* que nous rencontrons dans Cicéron, Gaius et Justinien sont évidemment incomplètes. *Voy.* ci-après, t. II, § 195. Il en est de même de l'énumération des *actiones arbitrariæ*, dans le § 31, I., *de actionibus* 4, 6. « ... Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem : veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam : veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa, aut dolo malo factum est; item cum id quod certo loco promissum est petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et *ceteris similibus* permittitur iudici ex bono et æquo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. » On peut s'étonner que, dans cette énumération, les rédacteurs des Institutes aient oublié la revendication et la pétition d'hérédité, les plus intéressantes sans doute des actions arbitraires. En général, ce dernier terme comprend toutes les actions dans lesquelles le défendeur peut éviter la condamnation en donnant volontairement satisfaction au demandeur, ce qui a lieu surtout dans les demandes tendantes à restitution ou exhibition, mais peut également se rencontrer dans d'autres cas, par exemple, dans l'*actio de eo quod certo loco dari oportet*. *Voy.* ci-après, t. II, § 178.

[27] Le seul texte des anciens qui y fasse directement allusion se trouve chez Cicéron, *pro Roscio comœdo*, 4. « Aliud est iudicium, aliud arbitrium. Iudicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. » *Voy.* ci-dessus, note 4.

[28] Dans les L. 12, C., *de hereditatis petitione* 3, 31, et L. 1, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13, Justinien donne la qualité de *bonæ fidei actiones* à la pétition d'hérédité et à l'action en restitution de dot. A l'égard de cette dernière, la mesure est facile à justifier. (*Voy.* ci-après, t. III, § 515); mais c'était méconnaître le caractère originaire des *bonæ fidei actiones*, qui sont essentiellement *in personam*, que de l'étendre à la pétition d'hérédité, qui est une *in rem actio*. *Voy.* ci-après, t. III, § 408.

examinerons et combattrons également une opinion très-répandue, d'après laquelle la qualification de *stricti iuris actiones* appartiendrait à toutes les *condictiones* et à toutes les actions résultant des stipulations, alors même que l'objet de la demande serait un *incertum* [29].

§ 52. *Directæ, utiles actiones. — Vulgares, in factum actiones (Præscriptis verbis actiones).*

I. *Directæ—utiles actiones.* On entend par *utiles actiones* celles qui ont été créées par analogie d'une action déjà existante [1]. Toute autre action peut s'appeler *directa* ou *vulgaris* [2]. La création des *utiles actiones*, que nous rencontrons dans le domaine du *ius civile* comme dans le droit honoraire [3], est conforme à l'usage des Romains, qui, dans leurs réformes, procédaient rarement d'une manière radicale, mais se bornaient à étendre les institutions existantes à mesure que les besoins de l'époque faisaient découvrir des lacunes dans la législation. A cet effet, on se servait surtout de *fictiones,* insérées dans l'*intentio* de la formule, qui dès lors prenait le nom de *fictitia actio* [4]. Cette fiction, ajoutée à la formule, ordonnait au juge d'appliquer à l'espèce telle disposition légale, bien que l'une des

[29] *Voy.* ci-après, t. II, § 195.

[1] Cette analogie est souvent exprimée par le mot *quasi* qui précède le nom de l'action, par exemple, *quasi Serviana actio.* Le mot *utilis* indique la même idée, aussi a-t-on voulu le faire dériver de *ut, uti.* Hugo, *Gesch. des R. R.*, p. 657 (éd. XI). — Faisons encore observer que *actio* ou *exceptio utilis* signifie fréquemment une action ou exception efficace, qui peut être employée avec succès. Fr. 22, § 2. Fr. 37, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 4, § 4, D., *de in diem addictione* 18, 2.– Fr. 30, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 2, D., *de æstimatoria* 19, 3. – Fr. 24, § 2, D., *de liberali causa* 40, 12. – Fr. 3, § 5, D., *uti possidetis* 43, 17. – Fr. 11, § 10, D., *quod vi aut clam* 43, 24.– Fr. 2, D., *de migrando* 43, 32. – Fr. 16, D., *de exceptionibus* 44, 1. – Fr. 31, D., *de regulis iuris* 50, 17. – L. 1, C., *de pactis conventis* 5, 14.

[2] *Directa* est plus usité dans ce sens. *Vulgaris actio* est opposée à *utilis* dans le Fr. 46, D., *de hered. instituendis* 28, 5 ; à une action prétorienne aux *Vatic. fragm.* 102 et Fr. 42, pr. D., *de furtis* 47, 2 ; aux *actiones in factum* au Fr. 1, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Les mots *directus, directo* sont également employés dans des significations diverses. *Actio directa* se rencontre souvent dans un sens tout différent de celui dont il s'agit ici, comme opposée à *actio contraria* (ci-après, t. II, § 197). Parfois aussi les deux mots ont une signification vulgaire, comme chez nous les mots *direct, directement.* C'est ainsi que d'après le Fr. 84, D., *pro socio* 17, 2, nous pouvons agir *directo* par une *actio utilis* (*quasi ex iure cesso*), c'est-à-dire que nous pouvons agir *directement* sans avoir besoin de passer par le détour d'une cession (cf. ci-après, t. II, § 188). *Voy.* encore Gaius, I, 24. II, 275. 289; Ulpien, II, 7. 8 et *passim.*

[3] Le nombre des actions prétoriennes utiles est trop considérable pour que nous essayions de les énumérer. Les actions utiles dérivant du *ius civile* sont naturellement peu nombreuses, parce que les actions établies par la législation sont toutes *directæ*. Cependant l'interprétation des jurisconsultes en créa dans certains cas (*voy.* ci-après, t. II, § 194, et t. III, § 357 ; § 392. III. IV; § 393, III. IV ; § 413, notes 19 sqq.); et jusqu'à Dioclétien, les empereurs eurent assez de modestie pour qualifier d'*utiles* les actions qu'ils créaient par analogie. L. 8, C., *de rei vindicatione* 3, 32.– L. 7, C., *de pactis conventis* 5, 14. – L. 3, C., *de donationibus quæ sub modo* 8, 55.

[4] Ulpien, XXVIII, 12. Cf. ci-dessus, nos 125. 128. 129.

conditions requises pût faire défaut, le préteur l'autorisant à agir comme si cette condition existait [5]. Quand une *utilis actio* était créée, rien n'empêchait que le principe qui l'avait fait naître fût étendu à son tour et donnât lieu à une nouvelle action *utile*. Ainsi nous avons vu que la *Publiciana in rem actio* a été créée comme *utilis,* par analogie de la revendication, au moyen d'une fiction par laquelle on considérait le demandeur comme ayant accompli l'usucapion qu'il n'avait fait que commencer [6], Or, la *Publiciana actio* ne se rapportait d'abord qu'aux choses corporelles c'est-à-dire, au droit de propriété; par la suite, le principe qui la domine fut étendu aux servitudes et aux autres droits réels [7] et, dans cette application, elle aurait pu s'appeler *utilis Publiciana actio* [8].

Les rapports juridiques protégés par une *actio utilis* offraient toujours une grande analogie avec des droits expressément sanctionnés par le *ius civile.* Quand pareille analogie n'existait pas dans une espèce qui paraissait mériter la protection légale, et que, par conséquent, il n'y avait pas moyen d'appliquer par extension un principe déjà consacré, il fallait bien créer des actions originaires, que l'on appelait alors par excellence *in factum actiones* [9], pour indiquer qu'elles étaient fondées non pas sur une

[5] Ainsi l'action de vol n'était originairement donnée qu'au citoyen romain. Un étranger venant d'être victime d'un vol, le préteur ne trouvait de meilleur moyen de le faire participer à la protection légale que de lui *fingere civitatem,* c'est-à-dire d'ordonner au juge de condamner le voleur comme il devrait être condamné d'après la loi au cas que le plaignant fût citoyen : SI PARET OPE CONSILIOVE N^{i} N^{i} DIONI FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AUREÆ ; QUAM OB REM SI DIO CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET *rel.* GAIUS, IV, 37. Dans d'autres cas, le juge devait agir comme si le demandeur était héritier, bien qu'il ne le fût pas d'après la rigueur du droit ; ou bien, comme si le demandeur avait déjà accompli l'usucapion d'une chose qu'il était seulement en train d'usucaper, etc. GAIUS, IV, 34-38. « Ficto se herede... Fingitur rem usucepisse... Civitas ei romana fingitur... fingimus adversarium capite deminutum non esse. » — ULPIEN, XXVIII, 12. — Des explications plus détaillées se trouveront ci-après à propos de l'action publicienne (§§ 122. 139), de la *bonorum emtio* (t. II, § 2[illegible]9) et de la *bonorum possessio hereditaria* (t. III, §§ 359. 372).

[6] *Voy.* ci-dessus, n° 125, et ci-après, § 92, C, 1; § 122.

[7] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2, et ci-après, §§ 122. 136. 137. 139, note 9. 149. 152. 166.

[8] Ce terme ne se rencontre point; mais nous trouvons au Fr. 70, D., *de rei vind.* 6, 1, la locution *quasi Publiciana actio,* pour désigner une extension de la Publicienne à un cas qui, à la vérité, n'est pas celui dont nous parlons dans notre texte.

[9] Nous disons *par excellence :* car, dans un sens plus étendu, le terme *in factum actiones* comprend aussi les *actiones utiles,* puisqu'elles ne sont pas exclusivement fondées sur le *ius,* et supposent, au contraire, toujours des *faits* spéciaux qui empêchent l'espèce pour laquelle elles sont créées d'entrer exactement dans la disposition du *ius,* dont l'extension, par analogie, est nécessaire. On peut donc dire que toute *actio utilis* est *in factum,* comme, d'un autre côté, toute *actio in factum* créée par analogie mérite le nom de *utilis actio;* ce qui, d'ailleurs, serait conforme au langage des jurisconsultes romains, qui se servent souvent indifféremment des deux termes. Fr. 16, D., *ad exhibendum* 10, 4, et Fr. 5, pr. D., *si mensor.* 11, 6.–Fr. 12, § 6, D., *mandati* 17, 1, et Fr. 46 in f. D., *de hered. instit.* 28, 5 – Fr. 50, § 4, et Fr. 51, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 15, § 36, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 18, § 1. Fr. 30, D., *de mortis causa donationibus* 39, 6 et *passim. Voy.* encore ci-après, t. II, § 271.

règle du *ius civile*, mais sur l'équité résultant de l'ensemble des faits [10]. Des actions de ce genre furent créées tant par le préteur que par la jurisprudence, *prætoriæ in factum actiones*, *civiles in factum actiones* [11]. Parmi ces dernières, les *civiles*, il en est que l'on distingue par le nom de *præscriptis verbis* [12], et qui offrent ceci de particulier que, tout en appartenant à la catégorie des *in factum actiones*, elles ont une *intentio in ius concepta* [13]. — Le principe d'une *in factum actio* peut, à son tour, être étendu par analogie, ce qui produit alors une *utilis in factum actio* [14].

En combinant les divisions qui précèdent avec les divisions des formules que nous avons fait connaître au § 45, nous obtenons la classification suivante :

A). Les *actiones vulgares* étaient ou *civiles* ou *honorariæ*. Les premières avaient toutes une *iuris civilis intentio* et étaient par conséquent *in ius conceptæ*; les actions honoraires étaient toutes *in factum conceptæ* [15].

B). Aux actions vulgaires on opposait toutes les autres actions sous le nom général de *in factum actiones*. Dans cette catégorie nous trouvons :

1° Les *actiones utiles*, c'est-à-dire les actions créées par analogie, soit civiles, soit prétoriennes.

2° Les *in factum actiones* proprement dites : soit civiles, parmi lesquelles nous avons à distinguer surtout les *actiones præscriptis verbis*, pourvues d'une *intentio iuris civilis*; soit prétoriennes, *prætoriæ in factum actiones*.

Toutes ces distinctions, originairement importantes pour la rédaction des formules et pour la marche de la procédure, n'ont plus qu'un intérêt historique dans le droit nouveau. La législation de Justinien a pourtant conservé les noms transmis par les générations précédentes, et il n'est pas à méconnaître que l'ancienne terminologie ne soit encore souvent utile pour faire connaître l'origine et par conséquent la nature du droit auquel l'action se rapporte.

[10] Fr. 1, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « Nonnumquam evenit ut cessantibus *iudiciis proditis* et *vulgaribus actionibus*, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas quæ *in factum* appellantur... » Cf. l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[11] *Voy.* ci-après, t. II, § 194.

[12] Ce nom vient de la *præscriptio* qui se trouvait en tête de la formule et avait pour but d'exposer les faits qui servaient de base à l'action. Fr. 2, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata, actionum nomina, *præscriptis verbis* agendum est. » — L 6, C., *de transactionibus* 2, 4. « ... Actio quæ *præscriptis verbis* rem gestam demonstrat. » — Mais pourquoi cet exposé est-il appelé *præscriptio* et non pas *demonstratio?* La réponse à cette question se trouvera ci-après, t. II, § 243.

[13] Nous expliquerons cette contradiction apparente ci-après, note 16, et surtout t. II, § 243, où nous nous occuperons des contrats innommés qui présentent l'application la plus intéressante des *præscriptis verbis actiones*.

[14] Fr. 7, § 1, D., *de religiosis* 11, 7. — Fr. 26, § 3, D., *de pactis dotalibus* 23, 4. — L. 3, C., *de donationibus sub modo* 8, 55. Cf. ci-après, t. II, § 256, n° 3.

[15] GAIUS, IV, 45. 46.

Observation. Les locutions *in ius* et *in factum* ajoutées au mot *formula* ont la même signification que lorsqu'elles accompagnent le mot *actio*. *Factum* comprend tout ce qui n'est pas une émanation directe du *ius civile*. Mais dans l'application se trouvent des nuances provenant de ce que la formule est qualifiée d'après la rédaction de l'*intentio*, c'est-à-dire des conclusions du demandeur, tandis que l'on dénomme l'action d'après le fondement de la demande. Ainsi il peut se faire qu'une *in factum actio* ait une *formula in ius concepta*; tel est le cas de la *præscriptis verbis in factum actio* dont l'*intentio* est *iuris civilis* : QUIDQUID OB EAM REM DARI FIERI OPORTET [16]. Mais il est à remarquer que le terme *in factum actio* n'est habituellement employé que quand il s'agit d'*actiones in personam*, et que les *actiones in rem*, créées par l'édit du préteur et qui certes avaient une *formula in factum concepta*, comme l'action confessoire accordée *tuitione prætoris*, les actions vectigale et superficiaire, l'action Servienne, etc., ne sont guère appelées *in factum actiones* [17].

§ 53. *Diverses autres espèces d'actions.*

I. *Præiudiciales actiones*. Nous avons vu ci-dessus qu'on entend par *præiudicialis formula* celle qui ne contient point de condamnation [1]. Le but des actions dans lesquelles on emploie pareille formule est de faire déclarer, *pronuntiare* [2], que telle qualité, tel droit nous revient, sauf à en tirer ultérieurement des conséquences [3]. Cela se faisait anciennement dans un grand nombre d'espèces [4] qui sont disparues dans le droit nouveau, ou n'y sont plus traitées que comme des incidents de la procédure qu'elles servent à préjuger. Il est pourtant une catégorie d'actions préjudicielles dans lesquelles le jugement a une valeur absolue, abstraction

16 *Voy.* ci-dessus, note 13, et ci-après, t. II, § 243.

17 Au Fr. 11, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1, l'action Servienne paraît cependant recevoir la qualification de *in factum actio*. Cf. ci-après, § 154 *in fine*.

1 Gaius, IV, 44. — Théophile, ad § 13, I., *de actionibus* 4, 6. *Voy.* ci-dessus, § 44, note 17.

2 C'est, en effet, ce terme qui, dans les actions préjudicielles, comme dans les autres *in rem actiones*, est employé pour désigner la déclaration du juge qui constate l'existence du droit dans le chef du demandeur. *Voy.* ci-dessus, § 50, note 11, et Fr. 8, § 1, D., *de in ius vocando* 2, 4. — Fr. 8, § 1, D., *quod metus causa*. 4, 2. — Fr. 24, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 7, § 1, D., *de hered. petit.* 5, 3. — Fr. 58. 67, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 14, D., *de probationibus* 22, 3. — Fr. 1, § 16. Fr. 3, pr. Fr. 5, § 9, D., *de adgnoscendis et alendis liberis* 25, 3. — Fr. 7, § 8, D., *de liberali causa* 40, 12.

3 Gaius, IV, 44. « ... Sicut in præiudicialibus formulis, qualis est, qua quæritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit et aliæ complures... » Cf. les notes suivantes.

4 Tels sont les *præiudicia* sur les questions de savoir : *quanta dos sit* (Gaius, IV, 44, à la note précédente); *an in sponsoribus accipiendis legitime præscriptum sit* (Gaius, III, 123, et ci-après, t. II, § 261); *an bona iure venierint* (Gaius, IV, 46 Cf. ci-après, note 5 *in fine* et t. II, § 299); *an curialis* (L. 19, Th. C., *de episcopis* 16, 2); *an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis* (Paul, V, 9, 1.)

faite de toute autre question qu'il peut préjuger, savoir : les contestations relatives à l'état des personnes, *quæstiones status*. Ces actions sont naturellement restées debout [5], et c'est à elles que le terme *præiudiciales actiones* semble être exclusivement conservé par Justinien [6].

II. *Iudicia simplicia* et *duplicia*. On appelle *iudicia duplicia* ou *mixta* ceux dans lesquels chaque partie peut obtenir le rôle de demandeur ou de défendeur ; en d'autres termes, les procès dans lesquels la condamnation peut être dirigée aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur [7]. Les *iudicia simplicia*, dans lesquels ce fait ne peut se produire, forment la règle. Au nombre des *iudicia duplicia* figurent les actions en partage, ainsi que les actions tendantes à nous maintenir dans la possession d'une chose, *interdicta retinendæ possessionis*, ou dans la jouissance d'un aqueduc [8]. — Dans les cas dont nous venons de parler, la double action résulte de la nature même du rapport juridique ; mais il peut aussi y avoir action double par suite de faits extrinsèques, particulièrement quand le défendeur, actionné devant son juge compétent, élève devant ce juge une prétention quelconque qu'il peut avoir à charge de son adversaire. Nous traiterons de ce procédé, qu'on a l'habitude de désigner par le nom de demande reconventionnelle, *mutua petitio*, quand nous nous occuperons d'une institution analogue, la compensation, qui figure parmi les causes d'extinction des droits d'obligation [9].

III. *Actiones rei persequendæ causa comparatæ, actiones pœnales, actiones mixtæ* [10]. Cette division s'applique particulièrement aux actions qui résul-

[5] § 13, I., *de actionibus* 4, 6. « Præiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quæritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu adgnoscendo... » Cf. Fr. 8, § 1, D., *de in ius vocando* 2, 4. — Fr. 1, § 16. Fr. 3, § 2-5, D., *de adgnoscendis et alendis liberis* 25, 3. — Fr. 7, § 5. Fr. 10. 11. 12, D., *de liberali causa* 40, 12, et Fr. 6, D., *si ingenuus esse dicetur* 40, 14. Cf. ci-après, § 335, note 46. — L. 9, C., *de patria potestate* 8, 47. — § 13, I., *de actionibus* 4, 6. *Voy.* cependant Fr. 30, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. « Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, eos qui bona sua negant iure venisse, *præiudicio* experiri debere, et frustra Principem desiderare rescindi venditionem. »

[6] Gaius et Justinien ne traitent de cette division que par rapport aux *interdits*. (Gaius, IV, 156-160. — § 7, I., *de interdictis* 4, 15.) Le terme *iudicium duplex*, appliqué aux actions en partage, se trouve Fr. 2, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3. — Dans le Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7, ces actions sont appelées *mixtes*.

[7] Gaius, IV, 157 (§ 7, I., *de interdictis*, 4, 15). « Ideo autem *duplicia* vocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet ». Dans la rédaction de notre texte, nous avons corrigé ce que ce passage a de trop absolu. Cf. ci-après, § 89, note 48, et t. II, § 278.

[8] *A*) *Voy.* ci-après, t. II, § 278. — *B*) *Voy.* ci-après, §§ 89. 138, nº 2. — Il y a entre ces deux catégories la différence que les actions en partage sont toujours nécessairement *iudicia duplicia*, tandis que les interdits possessoires peuvent être, suivant les circonstances, *duplicia* ou *simplicia*. *Voy.* §§ 89. 138 cités.

[9] *Voy.* ci-après, t. II, § 291.

[10] Gaius, IV, 6-9. — § 16-19, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 35, D., *de obligationibus et actionibus* 44, 7. — Cf. ci-après, t. II, §§ 267-272.

tent d'un délit ou, en général, d'un fait illicite. Pareil fait impose à celui qui le commet l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé. Mais, dans plusieurs cas, la partie lésée peut, en outre, exiger une peine pécuniaire fixée par la loi. Or, l'action que nous avons pour répéter la chose dont nous avons été privé, ou pour obtenir réparation du dommage qui nous a été causé, est appelée *rei persequendæ causa comparata, rei persecutoria* *; celle par laquelle nous demandons le payement de la peine pécuniaire s'appelle *pœnalis*. Dans certaines actions provenant d'un délit, les deux éléments se trouvent réunis, c'est-à-dire que ces actions servent à demander à la fois réparation du dommage et payement de la peine : on les nomme *mixtæ*. — Quoique cette division n'ait d'importance que pour les actions provoquées par un fait illicite, Justinien l'applique à toutes les actions qui ont pour objet un intérêt pécuniaire. Dans cette acception, la catégorie des actions *rei persecutoriæ* comprend toutes celles qui n'ont pas pour but la poursuite d'une peine [11].

IV. *Actiones populares* †. C'est par ce nom qu'on désigne certaines actions pénales qui présentent ceci de particulier qu'elles peuvent être intentées par tout citoyen, bien qu'il n'y ait aucun intérêt personnel [12]. Ces actions se rapportent principalement à des questions d'intérêt général que nous considérons aujourd'hui comme étant du domaine de la police. Nous n'avons aucun renseignement certain sur l'origine de cette institution intéressante. Peut-être est-il permis de la rattacher aux interdits donnés

[11] § 17, I., *de actionibus* 4, 6. — Il est, au reste, à remarquer que la terminologie n'est pas aussi rigoureuse que la théorie la représente. Le terme *actio pœnalis* est souvent appliqué à des actions mixtes, et dans le Fr. 1, § ult. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* 43, 4, il sert même à désigner une action *reperséculoire* résultant d'un délit.

† Tit. D., *de popularibus actionibus* 47, 23. — Nous suivons dans cette matière en très-grande partie la dissertation de M. Bruns, *Des actions populaires*, qui se trouve dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. III, p. 341-415, et que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner ci-dessus, n° 95 *in fine*.

[12] En traitant de la justice criminelle, (n° 95 *in f.*), nous avons parlé de poursuites pénales par la voie civile ayant pour but l'obtention d'une peine pécuniaire et pouvant être dirigées contre le coupable par un magistrat quelconque et même par tout citoyen, *quei volet*. Il y avait, entre ces poursuites et les *actiones populares* dont nous parlons ici, cette différence, que les premières avaient un caractère public, le demandeur agissant *procuratorio nomine* pour l'État ou pour un municipe, et que, par suite, le montant de la condamnation était acquis à la communauté pour laquelle il agissait, tandis que nos *actiones populares* sont des actions privées qui, par la *litis contestatio*, entrent dans le patrimoine du demandeur (cf. ci-après, notes 18. 19). Ces actions publiques, assez fréquentes dans les derniers temps de la république et au commencement de l'empire, deviennent ensuite de plus en plus rares et n'ont laissé dans la législation de Justinien que deux traces, l'*actio de termino moto* et l'action créée par un édit *de tabulis aperiundis*. Fr. 3, pr. D., *de termino moto* 47, 21 et Fr. 25, § 2, D., *de Sc. Silaniano* 29, 5. *Voy.* cependant ci-après, note 20. — Comme, malgré la différence que nous venons de signaler, ces deux catégories d'actions se rapportent, à tout prendre, à des faits appartenant généralement au même ordre d'idées, on est naturellement amené à se demander la raison qui a pu déterminer les Romains à admettre tantôt l'action publique et tantôt l'action privée. Nous reviendrons sur cette question embarrassante, ci-après, t. II, § 279, Observation.

par le préteur à l'effet d'assurer aux citoyens l'usage des choses publiques, *res publicæ*. Le particulier n'a, à la vérité, aucun droit précis et déterminé sur ces choses; mais si quelqu'un l'empêche d'en faire l'usage que la république permet à tous les membres de la communauté, il trouve protection auprès du préteur [13]. En agissant ainsi dans son intérêt personnel, le citoyen sauvegarde les intérêts de tous, les droits de la communauté, de l'État. Cette idée, s'étant développée avec le temps, le préteur étendit sa sollicitude à deux points de vue, d'abord, en autorisant les particuliers à agir même dans des hypothèses où ils n'avaient aucun intérêt personnel; ensuite, en remplaçant les interdits par des moyens plus directs, par des *in factum actiones* [14]. Ainsi, nous trouvons, du temps des jurisconsultes classiques, divers interdits et autres actions prétoriennes populaires [15], accessibles à tout citoyen de réputation intacte [16], avec cette nuance que, dans le cas où plusieurs individus se présentent comme demandeurs, le préteur accorde la préférence à celui qui y a un intérêt personnel et subsidiairement à celui qui paraît le plus apte à poursuivre l'instance [17]. L'action a pour objet de faire obtenir au demandeur le montant de la peine pécuniaire dont est frappé le fait illicite [18] et, le cas échéant, des dommages et intérêts [19]. — A ces actions prétoriennes viennent se joindre encore un certain nombre d'actions diverses qui, sans recevoir la même qualification, participent cependant plus ou moins de la nature des actions populaires [20]. Enfin nos sources mention-

[13] *Voy.* ci-dessus, n° 124.

[14] *Voy.* ci dessus, n° 126, et ci-après, § 71, notes 18. 29 sqq.

[15] Outre les interdits concernant les *res divini iuris* et les *res publicæ* et l'interdit *de libero homine exhibendo* (Fr. 1, D., *de locis publicis* 43, 7, et ci-après, § 71 *in fine;* t. II, §§ 284. 285 *in f.*), nous remarquons les actions prétoriennes *de effusis et deiectis, de positis et suspensis, de sepulcro violato, de albo corrupto* (t. II, § 279, n°s 2. 3; § 286) et l'action édilicienne *de feris bestiis* (t. II, § 282 *in fine*).

[16] Fr. 4, D., *h. t.*, ci-dessus, § 18, note 9. Les femmes et les impubères ne pouvaient agir que quand ils y avaient un intérêt personnel. Fr. 6, D., *eodem.*

[17] Fr. 2. 3, § 1, D., *h. t.* – Fr. 5, § 5, D., *qui effuderint* 9, 3. – Fr. 3, § 12, D., *de libero homine exhibendo* 43, 29. – Fr. 3, pr. § 9. Fr. 6, D., *de sepulcro violato* 47, 12.

[18] Fr. 1, pr. Fr. 7, D., *de his qui effuderint* 9, 3. – Fr. 3, pr. Fr. 8, D., *de sepulcro violato* 47, 12. Cf. Bruns, *l. l.*, p. 379-388.

[19] Fr. 2, § 34. 44. D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. – Fr. 1, § 3, D., *de via publica et de itinere publico reficiendo* 43. 10. – Fr. 3, pr. § 9. 10, D., *de sepulcro violato* 47, 12. – Cf. Fr. 3, § 13, D., *de libero homine exhibendo* 43, 29. — Il est naturel que des dommages et intérêts ne puissent être obtenus que par le demandeur à intérêt personnel; mais il ne faut pas perdre de vue que, dans les interdits prohibitoires, l'intérêt pouvait naître ensuite des *sponsiones pœnales* qui se rencontraient dans ces interdits. Cf. ci-après, § 71.

[20] A cet ordre d'idées appartiennent la dénonciation de nouvel œuvre *publici iuris tuendi gratia* (t. II, § 283, II) et l'*actio de collusione detegenda* (t. III, § 333 *in fine*). — Les deux actions créées par Justinien à l'effet de répéter les valeurs perdues au jeu et de réclamer les legs faits en faveur des *piæ causæ* (L. 3, C., *de aleatoribus* 3, 43. – L. 46, § 6, C., *de episcopis* 1, 3) sont plutôt un retour vers les anciennes actions publiques dont nous avons parlé ci-dessus, note 12. Cf. ci-après, t. II, § 267, et t. III, § 423, B.

nent aussi des *actiones* et *exceptiones quasi publicæ* ou *quasi populares* [21].

Observation. En dehors de l'énumération que nous avons faite dans les quatre paragraphes qui précèdent, il existe encore d'autres divisions des actions dont nous n'avons pas jugé utile de nous occuper, par la raison qu'elles n'ont guère d'importance réelle [22] ou que, par suite de leur nature spéciale, elles trouveront mieux leur place dans l'exposé des matières avec lesquelles elles ont un rapport direct. Ainsi nous parlerons de la division en *actiones perpetuæ* et *temporales* quand nous nous occuperons de la prescription [23]. Les *condictiones* trouveront leur place au livre des obligations, où nous donnerons également l'explication des termes *actio directa* et *actio contraria* [24].

EFFETS DE L'ACTION INTENTÉE. LITIS CONTESTATIO.

§ 54.

Quand le demandeur a intenté son action, l'autorité judiciaire est saisie du procès, *controversia mota est;* mais l'action n'est réellement constituée et ne produit les effets dont nous allons parler qu'à partir de la *litis contestatio* [1]. Nous avons vu ci-dessus que, dans le principe, on donnait ce nom à l'acte par lequel les parties s'engageaient mutuellement à accepter le *iudicium* et à se soumettre à toutes les conséquences qui pouvaient en dériver [2]. Cet acte terminait la procédure devant le préteur, *in iure*, et fixait les prétentions respectives des parties. Il est évident qu'après la fusion du *ius* et du *iudicium*, il ne pouvait plus être question de l'ancienne *litis contestatio;* mais comme on avait attaché à cet acte des conséquences très-importantes, le nom en fut conservé, et on fixa par des lois particulières le moment de la procédure auquel *lis contestata videtur* [3], ce qui évidemment ne peut être arrivé avant que les parties se soient expliquées sur leurs prétentions respectives [4].

Nov. 10. 15

[21] *Vaticana fragm.*, 266, et ci-après, t. II, § 253. — § 3. I., *de suspectis tutoribus* 1, 26, et ci-après, t. III, § 350, nº 5.

[22] Telles sont les divisions romaines en *actiones de universitate propositæ* et *actiones singularum rerum*, en *actiones generales* et *actiones speciales*. Fr. 1, pr. D., *de rei vind.* 6, 1.— Fr. 38, pr. D., *pro socio* 17, 2.

[23] Ci-après, § 58.

[24] *Condictiones*, ci-après, t. II, § 194. — *Actiones directæ, contrariæ*, t. II, § 197.

[1] Pour désigner cette phase du procès, nous trouvons les termes *lis inchoata, ordinata; iudicium ordinatum, acceptum*, etc.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 47, notes 33-35. Le terme *litem contestari,* bien que s'appliquant aux deux parties, est de préférence employé quand il s'agit du demandeur; du défendeur, on dit plutôt *iudicium accipere.*

[3] L. 1, § 1, Th. C., *de actionibus certo temp. finiendis* 4, 14. — L. 14, § I, I. C., *de iudiciis* 3, 1. — L. 1, I. C., *de litis contest.* 3, 9. — *Nov.* 53, c. 3; 82, c. 10; 96, c. 1.

[4] La même idée se trouve déjà exprimée dans une constitution de Sévère et Caracalla. L. 1, in f.

C'est la *litis contestatio* qui donne à l'action le caractère d'obligation dont nous avons parlé ci-dessus [5]. Elle remplace les rapports qui ont pu exister entre les parties par un rapport obligatoire dont les effets sont déterminés par le jugement, ou, comme disent les Romains, elle opère novation [6]. L'idée de la novation, prise dans le sens rigoureusement technique, renferme essentiellement deux éléments : savoir, l'extinction d'un droit originaire et la création d'un droit nouveau en remplacement du droit éteint [7]. Bien que, dans cette rigueur, l'idée ne fût point applicable d'une manière absolue à notre matière, les Romains ont cependant cherché à poursuivre l'analogie aussi loin que possible.

I. Extinction du droit originaire. Cet effet de la *litis contestatio* est, dans nos sources, généralement signalé comme la conséquence première et immédiate de la *litis contestatio* [8]. Il en était réellement ainsi dans les *actiones personales in ius conceptæ,* qui se jugeaient *legitimo iudicio.* L'obligation qui leur servait de base était éteinte de plein droit, et le demandeur ne pouvait obtenir payement ni faire valoir sa créance en justice autrement qu'en poursuivant l'action intentée. Il n'en était pas de même dans les *actiones in rem :* la nature des droits qui leur servaient de base s'y opposait. Comment, en effet, admettre qu'un droit personnel ou réel soit éteint parce que le défendeur s'oblige à se soumettre au jugement qui a précisément pour but de constater le droit [9]? Cependant, si le demandeur tentait de faire valoir ce même droit par une autre action, le préteur mettait le défendeur à l'abri de la nouvelle poursuite par une *exceptio rei in litem deductæ* [10]. Le même moyen était donné au défendeur quand

C., *de litis contestatione* 3, 9. « ... Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire cœperit. » Cf. L. 2, pr. C., *de iureiurando propter calumniam* 2, 59.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 49.

[6] Voici comment les Romains expliquent les changements que le procès produit dans les rapports entre parties : « ... Apud veteres scriptum est ante litem contestatam *dare* debitorem oportere, post litem contestatam *condemnari* oportere, post condemnationem *iudicatum facere* oportere. » Gaius, III, 180. — Il y avait, à cet égard, une controverse sur la question de savoir si, dans les *iudicia stricta,* le défendeur pouvait éviter la condamnation en payant après la *litis contestatio.* Les Sabiniens se décidaient pour l'affirmative, *et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia iudicia esse absolutoria.* Les Proculéiens, au contraire, soutenaient que le payement volontaire, après la L. C., n'empêchait point que le défendeur fût condamné, sauf à lui d'opposer une exception à l'exécution du jugement, ou de répéter comme indûment donné ce qu'il avait payé une seconde fois. Il va sans dire que, dans le droit nouveau, l'opinion des Sabiniens a prévalu. Gaius, IV, 114. — § 2, I., *de tempor. act.* 4, 12. – Fr. 5, pr. D., *de publicanis* 39, 4.— Le Fr. 84, D., *de verb. obl.* 45, 1, contient peut-être une réminiscence des Proculéiens, à moins qu'on ne l'entende d'une *stipulatio pœnæ. Voy.* ci-après, t. II, § 258.

[7] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 293. 294.

[8] Gaius, III, 180. IV, 107.–*Vaticana fragm.* 263. – Fr. 1. 11, § 1. Fr. 29, D., *de novat.* 46, 2. – Fr. 23, D., *de solutionibus* 46, 3.

[9] *Voy.* ce que nous avons dit ci-dessus, § 50, note 11.

[10] Gaius, III, 180. « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contes-

l'instance avait été engagée par une *in factum actio,* ou, en général, par un *iudicium imperio continens* [11]. Il est pourtant à remarquer que, même dans les cas où l'idée de la novation était appliquée rigoureusement, on n'admettait pas les conséquences qui auraient rendu la position du demandeur moins bonne qu'elle n'était avant l'action intentée; ce qui, en effet, eût été directement contraire au but de l'action. Ainsi, d'une part, on reconnaît que l'extinction ne frappe pas l'élément naturel de l'obligation [12]; d'autre part, les accessoires du droit éteint, les priviléges et les hypothèques, ainsi que l'obligation de payer les intérêts qui pouvaient y être attachés continuent de subsister [13]. Tel était le système du temps des jurisconsultes classiques. Justinien ne l'a point changé formellement; mais de l'ensemble de sa législation et de quelques textes, il résulte implicitement qu'il entendait réduire cet effet extinctif à ce qui est indispensablement nécessaire pour atteindre le but final de tout procès [14]. Dans le droit nouveau, la *litis contestatio* n'éteint donc plus le droit qui sert de base à l'action, mais elle empêche le demandeur d'intenter une nouvelle

tatione... » — Gaius, IV, 106. « Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quæ in factum concepta est, sive ea quæ in ius habet intentionem, postea nihilominus ipso iure de eadem re agi potest : et ideo necessaria est exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ. 107. At vero, si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quæ iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est : si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatæ, vel in iudicium deductæ. 108. Alia causa fuit olim legis actionum : nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat : nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. » — Cf. Cic., *de oratore*, I, 37 « ... Petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur : QUOD EA RES IN IUDICIUM ANTEA VENISSET... »

[11] Gaius, III, 181. IV, 106 sq. – Cf. Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa.* 4, 2; Fr. 19, § 1, D., *de hereditatis petitione* 5, 3, et Fr. 7, § 5, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2. — Dans les *in factum actiones*, et, en général, dans toutes les *actiones in personam*, le principe de la novation aurait pu être maintenu dans toute sa rigueur. On comprend qu'on ne l'ait pas fait dans les actions prétoriennes *in factum* et dans les *iudicia imperio continentia*, parce que ces actions dérivent de l'*imperium* du préteur et que ce magistrat ne pouvait pas annuler directement un droit, mais seulement le rendre inefficace. Mais cette raison ne peut s'appliquer aux *in factum actiones* d'origine civile.

[12] Fr. 28. 60, pr. D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 50, § 2, D., *de peculio* 15, 1. – Fr. 6. 8, D., *de compensationibus* 16, 2. – Fr. 8. § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1.

[13] Fr. 29 in f. D., *de novationibus* 46, 2. « .... Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem ». — Fr. 11, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 27, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 22, D., *de tutelæ actione* 27, 3. – Fr. 86. 87, D., *de regulis iuris* 50, 17. – Cf. Fr. 30, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. – Fr. 50, § 2, D., *de peculio* 15, 1. – Fr. 8, § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1. – L. 8, C., *de novationibus* 8, 42. — Il y avait anciennement une exception, en ce qui concernait les obligations corréales et les cautionnements contractés par *stipulatio.* Cf. t. II, §§ 186. 263.

[14] L. 28, C., *de fideiussoribus* 8, 41. – Cf. L. 9, C., *de præscriptione triginta annorum* 7, 39. – L. 1, § 1, C., *de annali exceptione* 7, 40. — Des traces d'une tendance pareille se trouvent déjà antérieurement en faveur des pupilles. Fr. 46, § 5, D., *de administr. tutorum* 26, 7 et L. 2, C., *de iudiciis* 3, 1.

poursuite du même chef contre le défendeur avec lequel il a engagé l'instance. L'exception par laquelle ce dernier est protégé n'a plus de nom particulier dans la compilation de Justinien; elle s'y présente sous la forme générale d'une *exceptio doli* ou *in factum* [15].

II. Établissement d'une obligation nouvelle. Le contenu de cette obligation n'est, à la vérité, déterminé que par le jugement à intervenir; mais le lien obligatoire [16] n'en existe pas moins entre les parties dès le moment de la *litis contestatio* [17] et il se manifeste par plusieurs effets importants : 1° Chacune des parties peut exiger que l'instance soit poursuivie, telle qu'elle est engagée, et terminée par un jugement [18] qui constatera l'existence ou la non-existence du droit litigieux au moment de la *litis contestatio* [19]. L'objet de la demande se trouve invariablement fixé, et le demandeur ne peut plus changer ses conclusions [20]. 2° L'obligation résultant de l'instance engagée fait partie du patrimoine des deux adversaires et passe à leurs héritiers respectifs [21]. 3° La création de ce lien obligatoire a pour effet d'interrompre la prescription qui a pu avoir cours à l'égard du droit originaire [22]. 4° Le jugement à intervenir aura un effet rétroactif au jour de la *litis contestatio*, c'est-à-dire que le demandeur, s'il obtient gain de cause, doit être mis en l'état où il se serait trouvé si le jugement avait été obtenu à ce moment [23]. Si le jugement ordonne la restitution ou la livraison d'une chose, cette chose doit donc être donnée telle qu'elle était lors de la *litis contestatio*, y compris les accessoires qu'elle a produits ou qui s'y sont joints depuis, *cum omni causa* [24]; et le défendeur est respon-

[15] Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa*. 4, 2. — *Voy.* aussi ci-après, § 62, note 7.

[16] Bien que l'engagement pris par le défendeur ne soit pas volontaire, du moins dans le droit nouveau (*voy.* ci-dessus, § 43, notes 2-9. 20-24. 53), on compare l'obligation produite par la L. C. à celle qui résulte d'un contrat. Fr. 3, § 11, D., *de peculio* 15, 1 « . . nam sicut in stipulatione.., ita iudicio contrahi... » — Fr. 22, D., *de tutelæ actione* 27, 3.

[17] Fr. 8, § 3, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — Fr. 3, pr. D., *iudicatum solvi* 46, 7.

[18] *Voy.* ci-dessus, la note 2, et Fr. 74, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. — Dès lors aussi la compétence du juge se trouve fixée. Fr. 30, D., *eodem*. « Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet. » — L. 4, C., *de iurisdictione* 3, 13.

[19] Fr. 23. 35, D., *de iudiciis* 5, 1. — Cf. Fr. 11, § 4. 5, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2, et ci-après, § 118, B, a.

[20] Fr. 53 in f., D., *de legatis I* (30). — Fr. 1, D., *de penu legata* 33, 9. — Fr. 9, D., *de verborum obl.* 45, 1. — Fr. 57, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.

[21] *Voy.* ci-après, § 56, note 2.

[22] L. 2, C., *ubi in rem actio*. 3, 19. — L. 2, 10, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33. — La L. C. produit un effet analogue à l'égard de l'usucapion, mais d'une manière indirecte, par suite de l'effet rétroactif du jugement. *Voy.* les notes suivantes, 23. 26, et ci-après, § 113, E.

[23] Fr. 31, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1 « ... omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus (fundus) fuisset. » — Fr. 40, pr. D., *de hered. petit.* 5, 3. — Fr. 17, § 1. Fr. 18-21, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 25, § 8, D., *de Ædil. edicto* 21, 1. — Fr. 2. 3, § 1. Fr. 34. 35. 38, § 7-15, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 2, § 21, D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 2, D., *pro herede* 41, 5. — Fr. 35. 75, D., *de verborum signif.* 50, 16.

[24] § 3, I., *de officio iudicis* 3, 17 — Fr. 20, D., *de rei vind.* 6, 1. « ... Nec enim sufficit, corpus

sable de tout dommage qui a pu survenir par sa faute[25]. 5° Enfin, d'après des dispositions positives du droit romain [26], aucune partie ne peut plus volontairement aliéner l'objet ou le droit en question sous peine de nullité et d'une amende envers le fisc en cas de fraude [27].

COMMENT LES ACTIONS PRENNENT FIN.

§ 55. *Extinction du droit. Jugement. Transaction.*

Il est évident que l'action doit cesser dès le moment où les deux éléments qui la constituent n'existent plus. L'extinction du droit sur lequel l'action est fondée aura donc naturellement pour effet d'éteindre l'action [1]. Il en sera de même lorsque la lésion qui l'a fait naître viendra à cesser.

ipsum restitui : sed opus est, ut et causa rei restituatur ». – Fr. 9, § 5. 7, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 31, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1. « Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset. puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit : id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset. » – Fr. 2, pr. Fr. 3, § 1. Fr. 38, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 91, § 7, D., *de legatis I* (30). Nous nous bornons ici à indiquer le principe général, tout en faisant observer que l'application en présente des nuances extrêmement variées selon la nature des actions. *Voy.* à cet égard les détails que nous donnerons en traitant des différentes matières dans lesquelles la question se présente, ci-après, § 119; t. II, §§ 175. 184. 193. 277; t. III, § 455 et *passim.* — Il importe de faire observer que le principe que nous venons d'exposer ne souffre point application à la *condictio certæ pecuniæ :* dans cette action qui est la *stricti iuris actio* par excellence, le défendeur n'est jamais condamné qu'au montant exact de la somme demandée. *Voy.* ci-dessus, § 51, notes 4. 6. 12, et ci-après, t. II, § 195, n°s 1. 2, et les renvois qui s'y trouvent.

[25] Controverse des deux écoles : d'après les Proculéiens, le défendeur était responsable de la perte de la chose, arrivée même par cas fortuit; l'opinion plus équitable des Sabiniens, qui ne le rendaient responsable que de ce qui résulte de sa faute, a prévalu. Fr. 40, D., *de hered. petit.* 5, 2. – Fr. 15, § 3. Fr. 16 in f. Fr. 21. 27, § 1. Fr. 36, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 12, § 3. Fr. 14, § 1, D., *depositi* 16, 3. Cf. ci-après, § 119, n° 1.

[26] L'origine de la prohibition d'aliéner les choses litigieuses remonte, d'après Gaius, à la loi des XII Tables qui défendait de consacrer aux dieux une chose litigieuse, *ne liceat eo nomine duriorem adversarii conditionem facere.* Fr. 3, D., *h. t.* Un édit d'Auguste défendit, sous peine de nullité et, en cas de dol, d'une amende de 50 sesterces, la vente volontaire des fonds italiques litigieux. Cette défense qui, au reste, ne s'appliquait qu'au demandeur non possesseur, fut par la suite étendue à toutes autres choses et à toute espèce d'aliénation. *Fragm. de iure fisci* 8. – GAIUS, IV, 117. – Fr. 1, § 2, D., *quæ res pignori.* 20, 3. Cf. Fr. 18, D., *de rei vind.* 6, 1; PAUL, V, 2, 5, et L. 1, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33; Fr. 27, § 1, D., *ad Sc. Vell.* 16, 1. — Les Fr. 9, D., *finium regundorum* 10, 1; Fr. 13. 25, § 6, D., *fam. ercisc.* 10, 2; L. 1, C., *communi dividundo* 3, 37; L. 3, C., *de communium rerum alienatione* 4, 52, consacrent pour toutes les parties l'inaliénabilité des biens à l'égard desquels une instance en partage est engagée. — Enfin, après deux constitutions de Constantin (L. 1, Th. C., *de litigiosis* 4, 5. – L. 2, I. C., *eodem*) et de Valentinien et Théodose (L. 3, I. C., *eodem*), Justinien généralisa la défense en l'appliquant pour toutes matières aussi bien au défendeur qu'au demandeur par la L. 4, C., *de litigiosis* 8, 37, et la *Novelle* 112, c. 1.

[27] Titt. D., *de litigiosis* 44, 6; C., *eodem* 8, 37. – *Novelle* 112, c. 1.

[1] Sauf, bien entendu, dans le cas où l'extinction n'a qu'un caractère transitoire par suite de la novation que la *litis contestatio* produit. Ci-dessus, § 54, 1.

— Après cette cause d'extinction nécessaire, vient, comme moyen régulier de mettre fin à une action, le jugement, c'est-à-dire l'acte par lequel le juge décide de la contestation qui lui est soumise. — Enfin, les parties peuvent aussi, volontairement et par une convention amiable, appelée transaction, terminer le différend qui les divise.

Comme nous aurons à traiter de ces modes en d'autres endroits et à d'autres points de vue [2], nous nous bornons ici à les indiquer, et nous passons aux causes d'extinction qui présentent des particularités pour notre matière.

§ 56. *Mort des parties.* * Translatio activa, passiva * †.

En général, la mort des parties n'éteint point le droit d'action; il passe aux héritiers tant du demandeur que du défendeur : c'est ce que les commentateurs entendent par * *translatio actionis*. On appelle la translation active quand l'action passe aux héritiers du demandeur, et passive quand l'action peut être intentée contre les héritiers du défendeur. Les Romains disent, dans ces cas, *actio heredibus datur, actio in heredes* ou *contra heredes datur* [1].

Toutefois, cette règle générale n'est pas sans exceptions. Voici les dispositions du droit romain sur cette matière.

Après la *litis contestatio*, toutes les actions passent de plein droit aux héritiers, tant du demandeur que du défendeur, *heredibus et in heredes dantur* [2]. Le préteur constate ce passage, au point de vue de la procédure, en remplaçant dans la formule le nom du défunt par celui de l'héritier, *translatio iudicii* [3].

Avant la *litis contestatio*. 1. La translation active a toujours lieu, *actio heredibus datur* [4], excepté dans quelques actions pénales, qui ont moins pour fondement une lésion matérielle qu'un affront personnel dont on

[2] Extinction du droit qui sert de base a l'action. *Voy.* les endroits où il sera traité de l'extinction des divers droits, savoir : *Droits réels*, §§ 123. 144 sq. 151 sq. 168. *Droits d'obligation*, t. II, §§ 286 sqq. — Jugement, ci-après, § 69. — Transaction, ci-après, t. II, § 296.

† Gaius, IV, 112 sq. — Tit. I., *de perpetuis et temporalibus actionibus et quæ ad heredes et in heredes transeunt* 4, 12. — Tit. C., *ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur*, 4, 17. — Sur le sens du mot *translatio*, cf. l'observation ajoutée au présent paragraphe.

[1] § 1, I., *h. t.* – Fr. 17, § 1, D., *de dolo malo* 4, 3. – Fr. 49, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 13, pr. D., *de injuriis* 47, 10 et *passim*.

[2] § 1, I., *h. t.* – Fr. 57, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 15, D., *de noxalibus act.* 9, 4. – Fr. 8, § 1, D., *de fideiuss. et nominatoribus* 27, 7. – Fr. 29, D., *de operis libertorum* 38, 1. – Fr. 24, § 4, D., *de liberali causa* 40, 12. – Fr. 26. 58, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 28, D., *de iniuriis* 47, 10. – Fr. 87. 139, pr. Fr. 164, D., *de regulis iuris* 50, 17. – L. 1, C., *ex delictis defunctorum*. 4, 17. – L. 4, C., *de in litem iurando* 5, 53. — Le Fr. 33, D., *de obl. et act.* 44, 7, doit être entendu d'un cas où la L. C. n'a pas eu lieu par la faute du défendeur.

[3] *Voy.* l'observation ajoutée au présent paragraphe.

[4] *Voy.* ci-après, t. III, § 358, et Fr. 37, D., *de adquirenda hereditate* 29, 2. – Fr. 11, D., *de*

veut tirer vengeance et que, par ce motif, on appelle ordinairement *actiones meram vindictam spirantes* [5]. 2. Quant à la translation passive, il faut distinguer entre les *actiones in personam* et les *actiones in rem*. Dans les premières, la translation a lieu toutes les fois que l'obligation résulte d'une convention, ou, en général, d'un fait licite. Quand l'obligation résulte d'un fait illicite, les *actiones rei persecutoriæ* sont données contre les héritiers jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis par suite du délit, *in quantum locupletiores facti sunt* [6]; les *actiones pœnales* ne se transmettent point [7]; les *mixtæ* ne se transmettent que pour la partie *rei persecutoria* [8]. Les *actiones in rem* n'existant pas contre une personne déterminée [9], il est évident qu'il ne peut point y avoir de translation passive à leur égard [10]. Si, dans un cas particulier, l'*actio in rem* peut être poursuivie à la charge de quelqu'un qui est héritier d'une personne contre laquelle on aurait pu la diriger auparavant, ce n'est pas en sa qualité d'héritier qu'il doit y répondre, mais bien parce que lui-même lèse personnellement le droit auquel son auteur avait aussi porté atteinte.

diversis temporal. præscript. 44, 3. — *Nov.* 48, *præf.* in fine. Ajoutez § 1, I., *h. t.* — Fr. 14, § 2, D., *quod metus causa.* 4, 2. — Fr. 5, § 5, D., *de his qui effuderint* 9, 3. — Fr. 11, D., *de condict. furtiva* 13, 1. — Fr. 1, § 1, D., *de privatis delictis* 47, 1.

[5] Telles sont les actions *iniuriarum, sepulcri violati, de calumniatoribus,* ainsi que l'action contre l'affranchi du chef d'indue *in ius vocatio. Voy.* ci-après, t. II, §§ 272. 286; t. III, § 337. — C'est à tort qu'on fait entrer dans cette catégorie l'interdit *quod vi aut clam,* la *querela inofficiosi testamenti* et l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (cf. t. II, § 190, C). Il est cependant à remarquer que cette dernière action n'appartient point, en thèse générale, aux héritiers du donateur. Cf. t. II, § 255.

[6] Fr. 38, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re *ad eum pervenit.* » — Fr. 44, D., *eodem.* — Fr. 5, pr. D., *de calumniatoribus* 3, 6. — Fr. 4 in f. Fr. 5-7, D., *de alienat. iud. mut. causa* 4, 7. — Fr. 1, § ult. D., *ne vis fiat ei.* 43, 4, où le mot *actio pœnalis* sert à désigner une action repersécutoire. — Fr. 3, pr. D., *de vi,* 43, 16. — L. 1, C., *ex delict. defunct.* 4, 17. — Dans l'action en restitution d'une chose volée, *condictio furtiva,* les héritiers sont tenus pour le tout, *in solidum.* § 19, in f. I., *de obligat. ex delicto* 4, 1. — Fr. 7, § 2. Fr. 9, D., *de condict. furtiva* 13, 1. Cf. Fr. 6, § 4, D., *rerum amotarum* 25, 2, et L. 3, C., *eodem* 5, 21. Par contre, l'*actio vi raptorum* ne se donne *aucunement* contre les héritiers. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 269. 270.

[7] § 1, I., *h. t.* — Fr. 1, pr. D., *de privatis delictis,* 47, 1. — Fr. 20, D., *de pœnis,* 48, 19. — Fr. 5, § 5, D., *de his qui effuderint* 9, 3.

[8] § 9, I., *de lege Aquilia* 4, 3. — § 19, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 23, § 8, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 16, § 2, D., *quod metus causa.* 4, 2, etc. — Il en est de même de l'*actio de dolo;* car le dol participe de la nature du délit. Gaius, IV, 113. — § 1, I., *h. t.* — Fr. 17, § 1, D., *de dolo* 4, 3. « Hæc actio in heredem... datur... de eo, quod ad eos pervenit. » — Fr. 26. 27, D., *eodem.* — Fr. 18, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 1, § 23, D., *de tutelæ actione* 27, 3. *Voy.* aussi ci-après, t. II, §§ 202. 286.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 50, notes 4 et 7 sq.

[10] Mais il est évident que le dommage qui résulte de la lésion d'un droit réel peut être poursuivi contre les héritiers du défendeur *in quantum locupletiores facti sunt.* A cet effet, le droit romain donnait contre eux une *in factum actio.* Fr. 42. 52. 55, D., *de rei vindicatione* 6, 1. — Il en est de même des *actiones in rem scriptæ.* Fr. 1, § 17, D., *si quadrupes.* 9, 1. — Fr. 42, § 2, D., *de noxalibus act.* 9, 4.

Observation. Le mot *translatio*, que les interprètes emploient pour désigner la transmission des actions aux héritiers, est romain, mais, dans nos sources, il a une signification tout autre qui, au reste, se rattache à cette hypothèse. Lors, en effet, que l'une des parties vient à décéder après la *litis contestatio*, comme on ne peut condamner une personne qui n'existe plus ni lui reconnaître des droits [11], il est indispensable de faire subir à la formule un changement que le préteur opère, sur la demande de l'une ou de l'autre des parties, en remplaçant dans l'*intentio* [12] et dans la *condemnatio* le nom du défunt par celui de l'héritier [13]. C'est ce qui s'appelle *transferre iudicium* [14]. La même opération, sauf certaines différences de détail [15], se fait toutes les fois que la personne du demandeur ou celle du défendeur vient à changer après la *litis contestatio*. Parmi les hypothèses qui appartiennent à cet ordre d'idées [16], il importe de signaler celles où l'une des parties se fait remplacer par un mandataire, *procurator*, change de mandataire, ou reprend en nom propre le procès qu'elle avait confié à un mandataire [17]. On dit également qu'il y a *translatio iudicii* quand, pour une raison quelconque, le juge originairement désigné est remplacé par un autre [18].

§ 57. *Du concours de plusieurs actions.*

Il peut se faire qu'une lésion quelconque fasse naître plusieurs actions au profit de la même personne. Ces actions pourront-elles être intentées

[11] Fr. 2, pr. D., *quæ sententiæ sine appellatione rescindantur* 49, 8. — Cf. Fr. 47, § 2, D., *de iudiciis* 5, 1, et Fr. 42, § 2, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4.

[12] Faisons observer que, si le changement de nom dans l'*intentio* est de principe pour les *formulæ in ius conceptæ*, il n'a point lieu dans les *formulæ in factum conceptæ*, où la demande est uniquement fondée sur des faits dans lesquels le défunt a été partie agissante.

[13] Fr. 48, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 8, § 1, D., *de fideiuss. et nominatoribus* 27, 7. — Fr. 29, D., *de operis libertorum* 38, 1. — Fr. 30, pr. D., *de fideicomm. libertatibus* 40, 5. — Fr. 33, D., *de fideiussoribus* 46, 1. — L. 4, C., *de in litem iurando* 5, 53. — Cf. Fr. 57, D., *de iudiciis* 5, 1, et Fr. 22, § 3, D., *de inofficioso testamento* 5, 2.

[14] Nous disons aujourd'hui : « reprise d'instance ».

[15] Ainsi la *translatio* dont nous parlerons à la note 17 n'est accordée que *causa cognita*, et le nom de la partie originaire est conservée dans l'*intentio*. Quand la *translatio* a lieu pour cause de remplacement du juge, il ne se fait naturellement aucun changement de nom en ce qui concerne les parties.

[16] Translation au fils injurié de l'*actio iniuriarium* intentée par le père. Fr. 17, § 1, D., *de iniuriis* 47, 10, et ci-après, t. II, § 272. Translation contre le père de l'action *de peculio* ou d'une autre action analogue, intentée contre le fils décédé pendant l'instance; contre l'affranchi ou le *statu liber* de l'action noxale originairement dirigée contre le maître. Fr. 57, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 14, D., *de his qui notantur* 3, 2; Fr. 15, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4; Fr. 24, § 4, D., *de liberali causa* 40, 12.

[17] Fr. 17, pr. Fr. 25, D., *de procuratoribus* 3, 3. Cf. Fr. 64, D., *eodem*, et pour les détails, ci-après, t. II, § 187, observation.

[18] Aulu-Gelle, XIV, 2, 25 in f. — Festus, v. *Subditus*. — Fr. 17. 18, pr. Fr. 28, § 4. Fr. 46. 58. 76, D., *de iudiciis* 5, 1. — Cf. Fr. 36, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 13, § 3, D., *de vacatione* 50, 5.

toutes à la fois, ou bien le demandeur sera-t-il tenu d'opter entre elles, et le choix qu'il fait aura-t-il pour effet d'éteindre les autres actions?

Cette question trouve sa solution dans un principe d'équité qui s'oppose à ce qu'on demande par une nouvelle action ce qu'on a déjà obtenu par une action antérieure. Ce principe doit être appliqué toutes les fois que, après avoir obtenu ou poursuivi une prestation, nous intentons une nouvelle action qui tend au même but pratique, quand même elle serait fondée sur un autre motif [1]. Par exemple, si quelqu'un m'a volé une chose que je lui avais prêtée, il est évident que je pourrai intenter deux actions, l'une résultant du vol pour demander la réparation du dommage qui m'a été causé par ce délit, l'autre fondée sur l'obligation de restituer que l'emprunteur a contractée en recevant la chose. Ces actions sont indépendantes l'une de l'autre; celle qui résulte du prêt me compète, abstraction faite du vol, et celle qui provient du vol n'exige point l'existence du prêt. Elles ont donc des bases tout à fait différentes; cependant il est incontestable que la restitution de la chose, ou le payement des dommages et intérêts que j'obtiens par l'action du prêt, m'indemnise du préjudice que le vol m'a causé. Il est donc équitable de me refuser l'action du chef de vol, si j'ai déjà intenté l'action du prêt [2]. *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur* [3]. — Mais il peut se faire que de deux actions qui tendent, en général, au même but pratique l'une soit plus avantageuse que l'autre. Pour ce cas, le droit romain établit la règle que le choix de l'action plus avantageuse anéantit l'autre, tandis que le demandeur qui a commencé par l'action moins avantageuse est encore admis à poursuivre l'autre, mais seulement pour demander la différence [4].

[1] Fr. 43, § 1, D., *de reg. iur.* 50,17. « Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet. » — Il n'est point nécessaire d'invoquer ce principe quand le demandeur poursuit une seconde fois, en se fondant sur le même motif, l'objet dont il avait déjà obtenu la livraison. Car, dans ce cas, il ne peut raisonnablement plus être question d'action, puisque la première action a déjà eu pour effet ou d'éteindre le droit du demandeur ou de faire cesser la lésion. Arg. Fr. 2, § 1, D., *de tutelæ act.* 26, 3. Il n'y a pas non plus concours d'actions, quand le même acte donne naissance à deux droits d'une manière alternative, de telle sorte que l'existence de l'un soit incompatible avec l'existence de l'autre. Fr. 7, D., *de lege commissoria* 18, 3.

[2] Fr. 34, § 1. 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 71 (73), pr. D., *de furtis* 47, 2. « Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti (c'est-à-dire au moyen de la *condictio furtiva*) et commodati potest : et si furti actum est, commodati actio extinguitur; si commodati, actioni furti exceptio obiicitur. » — Des cas analogues se trouvent Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa.* 4, 2. – Fr. 3, § ult. Fr. 6, § 4, D., *nautæ, caupones.* 4, 9. – Fr. 38, § 1. Fr. 43. 47, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 35, § 1, D., *locati* 19, 2. – Fr. 1, § 21. Fr. 2, § 1, D., *de tutelæ act.* 27, 3. – Fr. 55, § 1, in f. D., *de admin. tut.* 26, 7. – Fr. 134, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 9, § 1, D.. *de furtis* 47, 2. – Fr. 1, § 3, D., *furti adversus nautas* 47, 5.

[3] Fr. 57, D., *de regulis iuris* 50, 17. Cf. QUINTILIEN, *inst. orat.*, VII, 6, 4. « Bis de eadem re ne sit actio. »

[4] Fr. 41, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Si ex eodem facto duæ competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat : si tantundem, aut minus, id consequatur. » Il est évident que la dernière phrase de ce passage exige une négation;

Toutes les fois que le principe énoncé ci-dessus ne peut être invoqué, il est permis d'intenter à la fois toutes les actions qui peuvent naître d'une lésion [5]. C'est ce que les commentateurs appellent * *concursus cumulativus* * en opposition à celui dont nous venons de parler, * *concursus electivus* *. Ainsi un délit peut donner lieu à une *actio rei persecutoria* et à une *actio pœnalis*. L'exécution du jugement intervenu dans la première de ces actions n'a aucune influence sur la peine pécuniaire dont la loi frappe le délit. L'action pénale pourra donc être intentée, quoique le demandeur ait déjà obtenu satisfaction à l'égard de l'*actio rei persecutoria* [6]. Ce raisonnement s'applique également au cas où plusieurs lois pénales ont été violées par le même fait; car le payement de la peine due en vertu de l'une de ces lois n'efface point la peine comminée par les autres lois [7].

Observation. Les commentateurs ont créé, par rapport au concours des actions, une classification qui paraît plausible au premier abord, mais dont on découvre le vice dès qu'on veut en chercher la base commune. Ils distinguent d'abord le concours subjectif et le concours objectif; ce dernier est ensuite subdivisé en concours successif, cumulatif et électif.

aussi Cujas propose-t-il de remplacer les mots *id consequatur* par *nil consequatur*. On pourrait également lire *non sequatur* ou plutôt *non consequatur*. Cette dernière émendation est d'autant plus plausible que dans les anciens manuscrit les copistes omettent souvent d'écrire deux fois des lettres ou des syllabes qui se répètent dans le même mot ou dans deux mots voisins, omission que l'on doit réparer par la duplication ou *gémination* de la lettre ou de la syllabe supprimée, par exemple, DOLU MALUM, NECESSEt, au lieu de DOLUM MALUM, NECESSE ESSEt.— La règle que nous donnons dans le texte est encore confirmée par les lois suivantes : Fr. 7, § 1, D., *commodati* 13, 6.— Fr. 43. 47, pr. D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 28, D., *emti* 19, 1. – Fr. 2, § 3, D., *de privatis delictis* 47, 1.—Pour l'explication de quelques passages qui pourraient paraître contraires, *voy.* DE SAVIGNY, *Système,* t. V, § 233.

[5] Fr. 18. D., *de obl. et act.* 44, 7. « Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur : si ex testamento Stichum petierit, non consumit stipulationem, et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit; quia initio ita constiterint hæ duæ obligationes ut, altera in iudicium deducta, altera nihilominus integra remaneret. »

[6] Fr. 7, § 1, D., *de cond. furt.* 13, 1. – Fr. 46. 47, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 34, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 54, § 3, D., *de furtis* 47, 2. *Voy.* encore Pr. I., *de vi bon. rapt.* 4, 2. – Fr. 1, § 9. Fr. 15, § 46. Fr. 18. 41, D., *de iniuriis* 47, 10. – Fr. 11, § 2. Fr. 27, pr. Fr. 32, § 1. Fr. 48. 51, § 1, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2.–Fr. 9, pr. Fr. 67, § 2. Fr. 76, § 1, D., *de furtis* 47, 2.– Exception particulière : Fr. 5, § 1, D., *de calumniatoribus* 3, 6.

[7] Fr. 60, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Numquam actiones pœnales, de eadem pecunia concurrentes. alia aliam consumit. » (Fr. 130, *de reg. iuris* 50, 17.) — Au reste, la règle que nous donnons n'a pas toujours été généralement reconnue. Modestin se prononce pour l'extinction. Fr. 53, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7. Paul ne veut admettre la seconde action que pour la différence du montant des deux peines, *in id quod amplius est.* Fr. 34, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7; Fr. 88, D., *de furtis* 47, 2; Fr. 1. 11, D., *arborum furtim cæs.* 47, 7; Fr. 1, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. Mais Papinien, Ulpien et Hermogénien reconnaissent le principe exposé dans le texte, et qui est également consacré dans le droit de Justinien. Fr. 60, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 2, § 10. 26, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. – Fr. 15, § 46. Fr. 25, D., *de iniuriis* 47, 10.–Fr. 6, D., *ad leg. Iuliam de adult.* 48, 5.– § 8, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. – § 1, I., *si quadr. paup. fec. dicatur* 4, 9. – L. 20, C., *de furtis* 6, 2. – L. 9, C., *de accusat.* 9, 2. – *Voy.* DE SAVIGNY, *Système,* t. V, § 234, G.

Il y a, d'après eux, concours subjectif lorsque plusieurs personnes figurent dans un procès du même côté, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs. Il y a concours objectif toutes les fois que la même personne a plusieurs actions qui ont la même origine ou qui affectent le même objet, ou, en général, qui ont un rapport quelconque entre elles. Ce concours est appelé successif quand le demandeur doit intenter les actions l'une après l'autre, parce que la première ne sert qu'à préparer les autres [8]. Il est cumulatif quand le demandeur peut les intenter toutes à la fois, et électif quand le choix de l'une a pour effet d'éteindre les autres.

§ 58. *De la prescription* †. — *Notion et introduction historique.*

Nous avons vu ci-dessus, § 6, qu'un droit ne se perd pas par non-usage. Mais la loi, en nous offrant les moyens de poursuivre et de faire valoir un droit, peut y attacher la condition d'en faire usage dans un délai déterminé. Si, dans un pareil cas, nous voulons recourir à ces moyens après l'expiration du délai, il sera loisible à notre adversaire d'éviter la poursuite en se fondant sur ce que nous ne sommes plus dans le délai fixé par la loi. Il en résultera que nous serons déclarés non recevables dans notre action ou, comme on dit ordinairement, que notre action sera prescrite.

L'ancien droit romain ne connaissait point la prescription. On pouvait faire valoir ses droits quand on voulait. Mais quand le préteur créait une action nouvelle, il fixait souvent un délai endéans lequel on devait profiter de cette faveur. Passé ce délai, qui était ordinairement d'un an, *annus utilis* [1], le défendeur était en droit d'opposer au demandeur une fin de non-recevoir, qu'on appelait *exceptio* ou *præscriptio temporalis,* parce qu'elle était fondée sur ce que le demandeur avait laissé passer le temps fixé par l'édit [2].

Sous les empereurs, le même principe fut, dans les provinces, appliqué aux actions réelles qui se rapportent aux immeubles [3]. Il fallait les intenter

[8] Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 1, § 3-6, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 18, D., *de except.* 44, 1.

† GAIUS, IV, 110 sqq. – Tit. I., *de perpetuis et temporalibus actionibus* 4, 12. – Tit. D., *de diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum* 44, 3. – Tit. C., *de præscriptione longi temporis* 7, 33.– Tit. C., *de præscriptione* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39.– Tit. C., *de annali exceptione Italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et præscriptionibus et interruptionibus earum* 7, 40.

[1] GAIUS, IV, 110. – Pr. I, *de perpetuis et temporalibus act.* 4, 12. Dans ce dernier passage et dans THÉOPHILE, *ad h. l.*, on donne comme motif de ce délai que *et ipsius prætoris intra annum erat imperium.*

[2] *Voy.* ci-après, note 8.

[3] Il n'en était pas de même des *actiones in personam.* PAPINIEN, *Vatic. fragm.* 7. « Quominus possessio rei venditæ tradatur emti iudicio, decem annorum præscriptione non impeditur. »

dans un délai déterminé, qui était de dix ans quand les deux parties habitaient la même province, *inter præsentes*, et de vingt ans quand le défendeur habitait une autre province, *inter absentes*. Ce délai, plus long que les délais ordinaires de l'édit, fut appelé *longum tempus* [4].

Enfin, Théodose II statua que le plus long délai, * *longissimum tempus*, dans lequel on pourrait intenter une action quelconque serait de trente ans [5]. Par cette disposition, la prescription était devenue la règle, et toutes les actions étaient *temporales*. Cependant on conservait l'ancienne terminologie, et l'on continuait d'appeler *actiones perpetuæ* celles qui avaient porté ce nom autrefois et qui, depuis Théodose, s'éteignaient par le laps de trente ans [6]. Le nom de *temporales actiones* restait aux actions qui se prescrivaient après un délai moins long.

Sauf quelques légères modifications [7], la chose en demeura là, et, dans le droit nouveau, la règle générale est que tout droit d'action doit être exercé endéans un certain temps déterminé par la loi. Ce temps passé, le défendeur peut repousser le demandeur au moyen d'une exception, appelée *exceptio* ou *præscriptio temporalis* [8].

Relativement à la terminologie, il est à remarquer que les mots *exceptio* et *præscriptio* sont au fond synonymes. Cependant, par des raisons de forme que nous expliquerons plus loin, le moyen du défendeur dont nous venons de parler est plus souvent appelé *præscriptio* que *exceptio* [9]. C'est par ce motif que, dans le langage moderne, *præscriptio* est devenu le terme technique pour désigner l'institution dont nous traitons.

Observation. Il ne faut pas confondre la prescription de l'action avec une institution particulière du droit romain qui ressemble, sous quelques

[4] Iavolenus, Fr. 21, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Paul, Fr. 76, § 1, D., *de contr. emt.* 18, 1. — Le même, *Sentent. recept.* V, 2, 3. 4. 5. — *Voy.*, pour les détails, ci-après, § 111.

[5] (L. 1, Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis* 4, 14.) L. 3, I. C., *de præscr. xxx annorum* 7, 39. « Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur... § 1. Quæ ergo ante non motæ sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure cœperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem... § 3. Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quæ *perpetuæ* videbantur, non illæ, quæ antiquitus temporibus limitantur. » (424).

[6] Pr. I., *de perpetuis et temporalibus actionibus* 4, 12.

[7] *Nov. Valentin.*, tit. VIII. XII. XXVII. — L. 4. 5. 6. 7, I. C., *de præscr. xxx annorum*, 7, 39. — L. 6, C., *finium regund.* 3, 39. — L. 1, § 1, C., *de annali præscr.* 7, 40.

[8] Exceptionnellement sont déclarées imprescriptibles : l'action par laquelle nous réclamons notre condition d'homme libre (L. 3, C., *de longi temporis præscriptione quæ quo libertate et non contra libertatem opponitur* 7, 22, et ci-après, t. III, § 335), et l'action par laquelle le seigneur réclame son colon. L. 23, pr. C., *de agricolis et colonis* 11, 47.

[9] *Voy.* ci-après, § 62, notes 16 sq. et § 63, note 3. Temporalis exceptio se trouve aux L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12 (*voy.* ci-après, § 62, note 23). — L. 4, C., *de præscr. xxx ann.* 7, 39. — L. 1, pr. C., *de annali exceptione* 7, 40. Exceptio longæ possessionis aux Fr. 5, § 1. Fr. 12, D., *de diversis temp. præscr.* 44, 3. Annua ou annalis exceptio. Fr. 30, § 5, D., *de peculio* 15, 1 et *passim* au tit. C., *de annali exceptione* 7, 40. Exceptio xx annorum. L. 12, C. *de præscr. longi temporis* 7, 33. — L. 8, § 4, C., *de præscr. xxx annorum* 7, 39.

rapports, à la péremption du droit français. Nous avons vu ci-dessus que les débats des *iudicia legitima* devaient être terminés dans le délai de dix-huit mois, et que la procédure des *iudicia quæ imperio continentur* ne pouvait excéder l'année de la magistrature dans laquelle elle avaint été introduite [10]. Ces dispositions ont cessé d'être applicables dans le droit nouveau. — Des constitutions impériales publiées depuis Constantin statuent, il est vrai, que les procès ne doivent pas excéder un certain laps de temps; mais ces ordonnances sont tout simplement des instructions pour les juges et n'influent point sur les droits des parties [11].

§ 59. *Conditions requises pour la prescription.*

La prescription fait perdre le droit d'action à celui qui a négligé de le faire valoir dans le délai voulu par la loi. Cette perte peut avoir pour effet de procurer un avantage à celui contre qui l'action aurait dû être dirigée; mais cet avantage possible n'est qu'un effet accidentel. Ce qui constitue le caractère esssentiel de la prescription, c'est la perte du droit d'action qu'éprouve le demandeur. Aussi toutes les conditions requises pour la prescription se rapportent-elles à la personne de ce dernier. Ces conditions sont :

1° *Actio nata*. Il est évident qu'il ne peut être question de prescription avant que l'action qui doit se prescrire ait pris naissance [1]. Il importe donc de constater avec précision le moment auquel une action commence à exister. A cet effet, nous n'avons qu'à appliquer les notions générales que nous avons données au § 49. L'action suppose comme éléments essentiels, d'abord l'existence d'un droit, ensuite une lésion de ce droit. Dès le moment où ces deux conditions se trouvent réunies, la prescription commence à courir. Cela a lieu dans les *actiones in rem* toutes les fois que quelqu'un nous empêche d'exercer notre droit. Tout acte qui amène pareil résultat implique, en effet, lésion de notre droit, et cette lésion nous donne à la fois l'action et la personne contre laquelle nous devons la diriger [2]. L'*actio in personam* est née dès que nous pouvons exiger

[10] Gaius, IV, 104. 105, et ci-dessus, § 46.

[11] L. 1, Th. C., *de dolo malo* 2, 15. – L. 8, I. C., *eodem* 2, 21. – L. 2, pr. § 1. 3, Th. C., *de integri restit.* 2, 16. – L. 5, pr. L. 7, I. C., *de temp. in int. rest.* 2, 53. – L. 4. 15, Th. C., *de iure fisci* 10, 1. – L. ult. I. C., *eodem* 10, 1. – L. 1. 6, Th. C., *de naufragiis* 13, 9. – L. 2. 5.6, I. C., *eodem* 11, 5. – L. 13, § 1, I. C., *de iudiciis* 3. 1. « Censemus itaque omnes lites... non ultra *triennii* metas post litem contestatam esse protrahendas, sed omnes iudices..... : non esse eis concedendum ulterius lites quam triennii spatio extendere. »

[1] L. 1, § 1, C., *de annali except.* 7, 40. « Ex quo ab initio competit et semel nata est. » — *Voy.* encore (L. 1, § 1, Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis* 4, 14.) L. 3, pr. I. C., *de præscr.* XXX *vel* XL *ann.* 7, 39. – L. 7, § 4, I. C., *eodem* 7, 39. – L. 30, in f. C., *de iure dotium* 5, 12. – L. 4, in f. C., *de bonis quæ liberis.* 6, 61.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 50, notes 3-10, et pour les détails, ci-après, §§ 119. 121. 136 sq. 166. et t. III, §§ 408 sq.

l'exécution de l'obligation qui lui sert de fondement [3]. C'est, en effet, dans ce moment que nous commençons à être lésé par le défaut d'exécution [4]. Il s'ensuit que, dans les obligations à terme, la prescription ne commence à courir que quand le terme est arrivé. De même, quand l'obligation dépend d'une condition, il ne peut s'agir de prescription avant que la condition soit accomplie, puisque, avant ce moment, le droit même n'existe pas encore [5].

2° Laps de temps. Le délai ordinaire est de trente ans; mais cette règle est soumise à de nombreuses exceptions. D'abord, pour les *actiones temporales*, il y a des délais moins longs, que nous indiquerons quand nous traiterons de chaque action en particulier [6]. Ici il suffit de faire observer qu'un grand nombre d'actions prétoriennes ne durent qu'une année utile [7]. Ensuite, des constitutions impériales assignent une durée

[3] Cette proposition, que nous tâcherons de justifier dans la note suivante et qui seule permet de donner à la prescription un point de départ précis, n'est formellement énoncée dans aucun texte, mais elle est implicitement consacrée par les Fr. 1, § 22. Fr. 13, § 1, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 8, § 7, D., *de precario* 43, 26. — Fr. 94, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. Cf. Fr. 9, § 3. 4. 5, D., *de pignoratitia actione* 13, 7. — Fr. 40, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. 8, § 4, C., *de præscr. XXX annorum* 7, 39. « Exceptionem... ex illo tempore initium capere sancimus ex quo debitor usuras *minime persolvit.* » Cf. ci-après, note 17.

[4] A la première vue, il peut paraître que le seul défaut d'exécution, sans qu'il y ait eu demande de la part du créancier et refus de la part du débiteur, ne doive pas suffire pour faire courir la prescription, par la raison que le débiteur n'est pas tenu d'offrir et que dès lors son inaction ne constitue point une lésion, surtout dans les obligations dont l'exécution suppose l'écoulement d'un certain laps de temps, par exemple, le prêt d'une somme d'argent ou de toute autre chose sans terme fixé pour la restitution. Cependant la proposition de notre texte est rigoureusement exacte. Pour qu'un droit qui nous compète soit lésé, il ne faut ni un tort de la part du défendeur ni de notre part conscience de la lésion subie : il y a lésion et *actio nata* dès que, par le fait ou par l'omission d'une personne déterminée, il a été créé un état de choses non conforme à notre droit (§ 49, note 1). Ainsi la revendication est née pour nous contre N. N. dès que celui-ci a pris possession de notre chose, alors même qu'il croirait cette chose sienne et que nous ignorerions sa prise de possession. De même, quand une dation ou restitution doit être opérée en notre faveur par N. N., notre droit est lésé dès qu'il y a défaut de dation ou de restitution. Dans les espèces de prêt ci-dessus mentionnées, il y aura donc *actio nata* dès que nous avons acquis le droit de demander la restitution du prêt, c'est-à-dire dès que N. N. aura reçu la somme ou la chose prêtée. Il en serait autrement dans des hypothèses où, en dehors de la réception de la chose, d'autres conditions sont requises pour rendre l'obligation exigible ou même pour la faire naître, comme dans l'*actio pignoratitia directa*, dans les rapports obligatoires qui donnent droit aux actions en partage, etc. *Voy.* Fr. 9, § 3. 4. 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7 ; Fr. 40, D., *de solutionibus* 46, 3, cités à la note précédente, et ci-après, t. II, §§ 212 et 278.

[5] L. 3. 7, § 4, C., *de præscr. XXX annorum* 7, 39. — L. 1, § 1, C., *de annali except.* 7, 40.

[6] La *querela inofficiosi testamenti* se prescrivait par le laps de cinq ans. L. 36, § 2, C., *de inoff. test.* 3, 28, et ci-après, t. III, § 391. — L'état d'une personne décédée ne pouvait être contesté plus de cinq ans après le décès. Titt. D., 40, 15; C., 7, 21. — Enfin divers délais de moins de trente ans se trouvent mentionnés dans les Fr. 13, pr. D., *de diversis temporal. præscript.* 44, 3. – Fr. 1, § 3, D., *de iure fisci* 49, 14. — L. 2, C., *de vectigalibus et commissis* 4, 61. — L. 1, C., *de quadriennii præscriptione* 7, 37.

[7] Gaius, IV, 110 et suiv. — Pr. I., *de perpet. et tempor. act.* 4, 12. — Fr. 35, pr. D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. « In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quæ *rei perse-*

plus longue à certaines actions. L'action hypothécaire, quand elle est dirigée contre le débiteur ou ses héritiers, ne se prescrit que par quarante ans [8]. Le même délai est fixé pour les actions du prince à l'égard de ses biens propres, *fundi patrimoniales* [9], et pour les actions de l'Église et des *piæ causæ* [10]. Enfin, un délai de cinquante ans est accordé pour répéter ce qui a été payé en acquit d'une dette de jeu [11]. Il est à remarquer que, pour le calcul des délais, on suit la *computatio naturalis*, c'est-à-dire que la prescription n'est accomplie, *nisi novissimus dies completus sit* [12].

3° Continuité. Il ne suffit pas que le temps fixé par la loi se soit écoulé depuis que l'action a pris naissance; il faut, en outre, que la prescription pendant ce temps n'ait point été interrompue [13]. Elle est interrompue, *a*) si la lésion qui a donné naissance à l'action vient à cesser [14]. Cette interruption, qu'on appelle ordinairement naturelle, a lieu dans les actions qui tendent à la poursuite d'une chose toutes les fois que le défendeur a été dépossédé de la chose, ne fût-ce qu'un instant; car, dès ce moment il cesse de léser notre droit. Il se peut, à la vérité, que la personne qui l'a dépossédé se rende, par là même ou autrement, coupable de lésion à notre égard; mais ce fait donnera lieu à une action nouvelle, et partant à une nouvelle prescription [15]. Dans toutes les actions, la lésion

cutionem habeant, hæ etiam *post annum* darentur, ceteræ intra annum. » *Voy.* aussi Fr. 3, § 4, D., *nautæ, caupones.* 4, 9. – Fr. 21, § 5, D., *rerum amotarum* 25, 2, et ci-après, §§ 89. 90. — Des actions édilitiennes sont soumises à des prescriptions encore plus courtes. *Voy.* ci-après, t. II, § 215.

[8] L. 1, Th. C., *de action. cert. temp. fin.* 4, 14. – L. 3. 4. 7, pr. I. C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annor.* 7, 39. — *Voy.* ci-après, § 166.

[9] L. 14, C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61.

[10] *Nov.* 111. 131, c. 6. — Antérieurement, Justinien avait fixé un délai de 100 ans pour les actions de l'Église et des villes, par la L. 23, C., *de SS. Ecclesiis* 1, 2, et avait même donné un effet rétroactif à cette disposition. Procope et Suidas racontent que cette mesure législative avait été prise pour mettre l'Église d'Émèse à même de prendre possession d'une grande quantité de biens qu'elle réclamait en vertu de titres forgés par un faussaire. *Voy.* Gibbon, *Hist. de la décadence de l'empire romain,* chap. XLIV, n° 23. — Quoi qu'il en soit, ce privilége exorbitant étendu aux Églises de l'Occident par la *Nov.* 9, fut révoqué par la suite. *Voy.* les *Nov.* 111 et 131, c. 6, qui fixent un délai de quarante ans pour les actions des Églises.

[11] L. 3, C., *de aleatoribus* 3, 43, et ci-après, t. II, § 266.

[12] Fr. 6, D., *de obl. et act.* 44, 7. « In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. »

[13] (L. 1, Th. C., *citée*) L. 3, I. C., *de præscr.* XXX *annorum* 7, 39. « *Iugi* silentio » — L. 4. 7, pr. § 5, I. C., *eodem.* – L. 2, C., *de annali except.* 7, 40.

[14] Fr. 54, § 3, D., *de furtis* 47, 2. – L. 7, § 5, C., *de præscr.* XXX *annorum* 7, 39, et les textes cités dans les notes suivantes.

[15] L. 8, § 1, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39. — Il n'en est point de même lorsque le nouveau possesseur est le successeur du premier, c'est-à-dire qu'il a obtenu la possession avec le consentement de celui-ci, qui la lui a transmise. Dans ce cas, en effet, la possession du second n'est autre chose que la continuation de la lésion occasionnée par son auteur, ou, comme on dit habituellement, il y a *accessio possessionis.* Fr. 6, § 1. Fr. 14-15, § 1-6, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. – L. 14, C., *de fundis patrimon.* 11, 61. – *Voy.* aussi ci-après, § 113, E et § 123, *in fine.*

est considérée comme ayant cessé, si le défendeur reconnaît le droit du demandeur, soit expressément, soit implicitement[16]. Sous ce rapport, il est à remarquer que le payement des intérêts vaut reconnaissance de la dette principale et que le fait de laisser le gage entre les mains du créancier produit le même effet [17]; *b*) si le demandeur intente l'action à l'égard de laquelle la prescription a commencé [18]. Cette interruption, appelée civile, a également pour effet de faire cesser la prescription commencée. En effet, si le procès est mené à fin par jugement, ce jugement doit être exécuté; mais si l'instance est interrompue, une nouvelle prescription commence à courir à partir du dernier acte de procédure, et elle n'est accomplie que par le laps de quarante ans [19]. Anciennement l'effet d'interrompre la prescription n'était attribué à l'action qu'après la *litis contestatio*, ce qui faisait dire que *litis contestatione actiones temporales perpetuantur* [20]. Dans le droit nouveau, la simple assignation suffit pour interrompre la prescription [21]. Si l'assignation ne peut être donnée à cause de l'absence du défendeur, le demandeur obtiendra le même effet en s'adressant par écrit à l'autorité civile ou ecclésiastique, ou en protestant devant notaire ou devant trois témoins [22].

§ 60. *Des causes qui empêchent la prescription ou en suspendent le cours.*

On dit ordinairement que *contra agere non valentem non currit præscriptio;* mais, comme le sens de la locution *agere non valens* est très-élastique, cette règle ne laisse pas que d'être dangereuse dans l'application. Nous allons la préciser, en énumérant les causes qui empêchent la prescription de courir ou qui en suspendent le cours.

[16] L. 19, C., *de fide instrumentorum* 4, 21. – L. 7, § 5. L. 8, § 4, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *ann.* 7, 39. – L. 5, C., *de duobus reis* 8, 40. – *Voy.* aussi Fr. 18, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5

[17] *A*) L. 8, § 4, C., *de præscr.* XXX *ann.* 7, 39. «... Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit. » — *B*). L. 7, § 5, C. *eodem.*

[18] Fr. 9, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2. – Fr. 8, in f. D., *de fideiussor. et nominatoribus* 27, 7. – Fr. 24, pr. D., *de liberali causa* 40, 12. – Fr. 29, D., *de novat.* 46, 2. – Fr. 139, pr. D., *de reg. iuris* 50, 17. – L. 10, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33.

[19] Théodose II restreignit le délai, à courir depuis l'interruption, à 30 ans. Justinien le porta à 40. L. 1, Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis* 4, 14. – L. 9, 1. C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39.

[20] *Voy.* les textes cités à la note 18, et Fr. 1, § 2, D., *de feriis* 2, 12. – Fr. 28, § 4, D., *de iudiciis* 5, 1.

[21] L. 3, 7, pr. § 5, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annor.* 7, 3. – L. 1, § 1, C., *de annali exc.*, 7, 40. – La L. 3, C., *eodem*, attribue cet effet à toute assignation qui a rapport au droit litigieux, alors même que ce droit n'y est pas spécialement indiqué.

[22] L. 2. 3, C., *de annali exceptione* 7, 40. – Cf. L. 5, C., *de duobus reis* 8, 40.

La loi accorde d'abord des priviléges à certaines personnes. La prescription ne court point contre les pupilles, même quand ils ont un tuteur [1]. Quant aux mineurs, ils ont le même privilége à l'égard des *actiones temporales;* mais, pour les *actiones perpetuæ,* la prescription court contre eux [2]. Si une action imprescriptible pour l'impubère ou le mineur passe à ceux-ci d'un autre individu contre lequel la prescription avait déjà commencé à courir, le cours en est suspendu pour le temps que dure l'imprescriptibilité. Ce temps passé, elle recommence à courir, et l'on fait entrer en compte le temps qu'elle avait couru avant de passer aux personnes privilégiées.

D'autres obstacles à la prescription proviennent de la nature de l'objet auquel l'action se rapporte. Ainsi la prescription ne court pas, 1° contre la femme mariée à l'égard des biens dotaux pendant la durée du mariage, par le motif que le mari est propriétaire de ces biens durant ce temps [3]; 2° contre le fils de famille à l'égard des biens qui lui appartiennent, mais dont l'administration et l'usufruit sont accordés au père, *peculium adventitium* *[4]; 3° contre les créanciers d'une succession durant la confection de l'inventaire et le délai de délibération, parce que, pendant ce temps, il n'y a personne contre qui ils puissent agir [5]; 4° contre les créanciers d'un débiteur qui a obtenu un sursis, pendant la durée du sursis [6]. 5° Enfin quand des matériaux à nous appartenants se trouvent employés dans la construction d'autrui, la prescription contre la revendication de ces matériaux ne commence à courir que du moment où ils ont cessé de faire partie du bâtiment [7].

§ 61. *Effet de la prescription.*

La prescription a pour effet d'éteindre le droit d'action contre lequel elle a été accomplie. Si le demandeur exerce sa poursuite après le délai fixé par la loi, le défendeur lui opposera la *præscriptio temporalis* et le fera déclarer non recevable dans son action. Mais il est à remarquer que cette conséquence n'a pas lieu de plein droit : il faut que le défendeur ait fait valoir l'exception. Le juge ne peut point l'appliquer d'office.

[1] (L. 1, § 2, Th. C., *de act. cert. temp. fin.* 4, 14.) L. 3, I. C., *de præscr. XXX annorum* 7, 39. — L. 7, pr. § 1, I. C., *eodem.* — *Nov.* 22, c. 24.

[2] L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est* 2, 41. — Pour l'ancien droit, *voy.* L. 3, C., *quibus non obiicitur l. t. præscriptio* 7, 35.

[3] L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12.

[4] L. 1, § 2, C., *de annali exceptione* 7, 40.

[5] L. 22, § 11, C., *de iure deliberandi* 6, 30.

[6] L. 8, in f. C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71, et ci-après, t. II, § 300, vers la fin.

[7] C'est, en effet, dans ce moment seulement que naît l'action en répétition de ces matériaux. § 29, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Fr. 7, § 10, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. — *Voy.* ci-après, § 102.

C'est une question fort controversée que celle de savoir si la prescription, en éteignant l'action, éteint également le droit auquel l'action se rapporte. — Le développement historique de l'institution est évidemment contraire à cette proposition. Il est certain, en effet, qu'à l'époque où toutes les actions étaient *perpetuæ*, aucun droit ne s'éteignait par l'expiration d'un délai quelconque. La prescription du droit prétorien ne changea rien à cet état de choses, car elle n'avait évidemment d'autre effet que d'enlever à un rapport juridique, qui, par l'édit, avait été élevé à la puissance d'une institution du *ius civile*, ce caractère plus élevé et de le faire descendre à l'état où il s'était trouvé auparavant : elle n'affectait et ne pouvait affecter que l'élément civil, l'action [1]. Or, les constitutions impériales de Théodose II et de ses successeurs n'ont fait autre chose que d'étendre, à tous les droits munis d'une action, le principe qui n'était originairement créé que pour les droits protégés par une action prétorienne [2]. Ce qui était vrai pour ces derniers doit donc l'être, dans la législation de Justinien, pour tous les droits. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait des dispositions légales précises, ne laissant aucun doute sur l'intention du législateur de modifier aussi radicalement la nature d'une institution consacrée par plusieurs siècles. Or, c'est en vain que nous cherchons un texte décisif à cet égard. Il est vrai que quelques passages de nos sources semblent dire d'une manière générale que la prescription met fin au droit [3]. Mais ces propositions vagues, qui ne se rapportent pas même directement à notre question, ne peuvent être considérées comme constituant des règles certaines qu'en tant qu'elles se trouvent d'accord avec les décisions spéciales dans lesquelles le législateur fait application du principe. Or, sous ce rapport, l'ensemble de la législation est évidemment favorable à l'opinion d'après laquelle la prescription, tout en anéantissant l'action à laquelle elle est opposée, laisse subsister le droit qui a servi de base à l'action.

D'abord, il est une classe de droits que les partisans de l'opinion contraire même représentent comme faisant exception à leur règle : c'est celle des droits personnels, que tout le monde considère comme impres-

[1] La vérité de cet argument est surtout frappante quand on l'applique à la matière des obligations, dans laquelle le droit de Justinien admet encore des rapports purement *iuris gentium* et dépourvus de la sanction que le *ius civile* accorde au moyen des actions. *Voy.* ci-après, t. II, § 298.

[2] Cela résulte de l'ensemble des lois de Théodose II et de ses successeurs, et n'est nullement contredit par les mots de la L. 4, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *ann.* 7, 39. « ... Nullumque *ius*... quod prædictorum XL annorum *extinctum est* iugi silentio, moveatur; » car le contexte indique clairement que *ius* est ici *ius actionis, actio,* ce qui est surabondamment confirmé par le mot *moveatur,* qui ne saurait guère se rapporter qu'à l'idée de l'*action.*

[3] Les passages du Digeste qui rentrent dans cette catégorie se rapportent tous aux droits d'obligations et seront expliqués ci-après, t. II, § 298. Les paroles de la L. 4, C., *de præscript.* XXX « Nullumque ius, etc., » ont déjà trouvé leur explication dans la note précédente.

criptibles. Des décisions formelles et bien explicites décident la question dans le même sens pour les droits réels, au moins pour le droit de propriété [4]. Enfin, bien que la question soit vivement controversée à l'égard des droits d'obligation, nous estimons que, dans cette matière également, le principe énoncé a été maintenu, nous réservant d'en fournir ultérieurement les preuves [5].

Observation. Nous n'avons parlé, dans les paragraphes qui précèdent, que de la *præscriptio temporalis,* qui a pour but et pour effet d'éteindre les droits d'actions. Nous verrons ci-après, au titre de la Propriété, que certaines règles de cette *præscriptio,* particulièrement en ce qui concerne les délais de dix ou vingt ans et de trente ou quarante ans, ont été appliquées à une institution ancienne du droit romain qui, dans l'origine, portait le nom d'*usucapio*. Cette institution reposait sur le principe que celui qui, pendant un certain laps de temps, avait exercé loyalement et au vu de tout le monde les pouvoirs contenus dans le droit de propriété, devait, par suite du tacite consentement de ses concitoyens, être considéré comme ayant réellement acquis le *dominium ex iure Quiritium.* L'usucapion était donc un moyen d'acquérir, et elle différait, sous ce rapport, essentiellement de la *præscriptio temporalis,* qui n'était qu'un mode d'extinction. Toutefois, dans la plupart des cas, une personne n'acquiert que parce qu'une autre personne perd, et c'est cette coïncidence d'effets qui a permis au législateur d'appliquer au moyen d'acquérir une partie des règles qui, dans le principe, n'existaient que pour le mode d'extinction. Malgré cette assimilation, il existe toujours des différences essentielles entre la prescription des actions et la nouvelle institution que Justinien a créée par la fusion de l'ancienne *usucapio* et de la *præscriptio longi et longissimi * temporis* [6]. Nous aurons soin de les indiquer au titre de la Propriété. Ici nous nous bornons à dire qu'on a l'habitude d'appeler extinctive la prescription dont nous venons de parler, et de lui opposer l'usucapion modifiée sous le nom de prescription acquisitive, termes qui s'expliquent assez par l'effet respectif des deux institutions.

[4] La L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39, est on ne peut plus décisive pour le droit de propriété, comme nous le démontrerons ci-après, § 123. Le principe qu'elle consacre doit, par analogie, s'appliquer aux autres droits réels. Il est vrai que la loi romaine admet une exception à l'égard des servitudes; mais nous verrons ci-après que cette exception constitue une véritable anomalie dans l'économie de la législation romaine. *Voy.* ci-après, § 145.

[5] *Voy.* ci-après, t. II, § 298.

[6] *Voy.* ci-après, §§ 110-115. 123. 145.

III. — Actes du défendeur. — Exceptions †.

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 62.

En intentant son action, le demandeur soutient avoir un droit sur lequel il fonde sa demande. A moins de se résigner à la condamnation, le défendeur doit contester ce droit.

Cette contestation ou *defensio* peut se faire de trois manières : 1° Le défendeur nie le fait sur lequel le demandeur fonde son droit. C'est ce que nous pourrions appeler *litis contestatio negativa* *. 2° Sans nier les faits qui ont donné naissance au droit litigieux, le défendeur allègue d'autres faits qui auraient détruit ce droit, par exemple, il prétend que le demandeur a perdu la propriété de la chose qu'il réclame, ou bien il soutient qu'il a payé la dette dont on lui demande le remboursement. 3° Enfin, sans discuter le fait originaire, ni l'existence actuelle du droit [1], le défendeur oppose, de son côté, un fait qui aurait pour effet de paralyser l'action du demandeur. — Le dernier moyen s'appelait *exceptio*. On se servait cependant aussi du mot *præscriptio* quand le moyen se trouvait, pour des raisons que nous expliquerons ci-après, placé en tête de la formule.

Le terme *exceptio* s'explique aisément dans la procédure formulaire. Quand les deux parties avaient exposé *in iure* leurs moyens respectifs, le préteur donnait au demandeur la formule par laquelle il ordonnait au juge de condamner le défendeur, si l'*intentio* du demandeur se trouvait vraie, excepté toutefois le cas où le défendeur réussirait à prouver la vérité des allégations à l'aide desquelles il cherchait à paralyser l'action de la partie adverse [2]. La *condemnatio* était la règle ; mais le juge était tenu d'y faire exception, si le fait avancé par le défendeur était con-

† Gaius, IV, 115-125. — Titt. I., *de exceptionibus* 4, 13 ; *de replicationibus* 4, 14. – Tit. D., *de exceptionibus, præscriptionibus et præiudiciis* 44, 1. – Tit. C., *de exceptionibus sive præscriptionibus* 8, 36.

[1] Remarquons que le silence du défendeur, à l'égard de l'existence actuelle du droit litigieux, n'implique point de sa part reconnaissance du fondement de la demande, bien que pareille reconnaissance puisse, dans un cas donné, résulter de l'ensemble des faits. Fr. 9, D., *de exceptionibus* 44, 1. « Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur. » Cf. L. 9, C., *eodem* 8, 36.

[2] Gaius, IV, 115-119 et Pr. § 1-7, I., *h. t.*, ci-après, notes 5 et 6. – Ulpien, Fr. 2, pr. D., *h. t.* « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ interponi actioni cuiusque rei solet ad cludendum (*inter*cludendum, *ex*cludendum) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. » — Fr. 22, pr. D., *eodem*. « Exceptio est condicio, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. – Fr. 17, D., *de evictionibus* 21, 2. « ... intentione per exceptionem elisa... »

stant [3]. Ainsi, lorsque le défendeur soutenait que la question agitée dans le procès avait déjà été décidée par un jugement antérieur, le préteur ordonnait au juge de ne condamner que *si ea res iudicata non esset* [4]. C'est ce qui fait dire à Gaius que l'exception rend la condamnation conditionnelle; en d'autres termes, quand même le demandeur prouverait son *intentio,* il n'obtiendra la *condemnatio* que si l'exception du défendeur n'est pas fondée [5]. On comprend que les exceptions fournissaient au préteur un moyen puissant d'éluder les rigueurs du *ius civile,* en faisant triompher l'équité, et de protéger ainsi la bonne foi contre la chicane et les manœuvres frauduleuses. Aussi Gaius et Justinien disent que les exceptions ont été inventées pour la protection des défendeurs, parce qu'il arrive souvent qu'une action soit juste en thèse générale, c'est-à-dire conforme aux lois, mais que, dans l'espèce, elle soit contraire à l'équité [6]. Dans d'autres passages, nous lisons même que toute exception peut être considérée comme une *exceptio doli* [7]. Ce serait cependant une erreur que d'envisager les exceptions uniquement à ce point de vue; car il y a des

[3] L'*exceptio* était-elle ajoutée à l'*intentio,* ou bien faisait-elle partie de la *condemnatio ?* La première hypothèse paraît plus probable, d'abord parce que ce mode de procéder est plus rigoureusement logique, ensuite parce que, dans l'hypothèse contraire, la clause *nisi restituat, nisi exhibeat* (*voy.* ci-dessus, § 45) n'aurait guère différé d'une *exceptio.* Mais il va sans dire qu'il en était autrement quand le moyen proposé se rapportait, non pas à l'action même, mais à l'exécution du jugement à intervenir, comme lorsque le défendeur ne devait être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés, *in quantum facere potest.* Dans ce cas et d'autres analogues, l'*exceptio* devait naturellement se trouver dans la *condemnatio.* Cette distinction est confirmée par les textes cités à la note précédente.

[4] D'autres exemples : SI *in ea re* NIHIL *dolo malo A. Agerii factum sit* — SI NON *convenisset, ne A. A. eam pecuniam peteret* — SI *in ea re* NIHIL *metus causa factum sit.* — Les formules portent aussi NISI, EXTRA QUAM, PRÆTER QUAM. CIC., *de inv. rhetor.*, II, 20. – Fr. 1, § 16, D., *de fluminibus* 43, 12.

[5] GAIUS, IV, 119. « Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quam affirmat is, cum quo agitur : nam si, verbi gratia, reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur : SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT... Et denique in ceteris similiter concipi solet : ideo scilicet, quia omnis exceptio obiicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut *condicionalem* faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit... » – Fr. 22, pr. D., *h. t.*, ci-dessus, note 2.

[6] Pr. I., *de exceptionibus* 4, 13. « Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut, licet *ipsa* persecutio, qua actor experitur, *iusta* sit, tamen *iniqua* sit *adversus eum cum quo agitur.* » *Voy.* aussi le § 1, I., *eodem.* — GAIUS, IV, 116. « Comparatæ sunt autem exceptiones defendendorum reorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari : veluti si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim. Nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oporteret, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi deberi... »

[7] Fr. 2, § 3. 5, D., *de doli exceptione* 44, 4. « 3.... Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur : exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit : tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere.... 5. Et generaliter sciendum est, ex

exceptions qui, dans un cas donné, peuvent servir à protéger la mauvaise foi la plus immorale, par exemple, l'*exceptio temporalis* opposée à une action en payement d'une somme d'argent que le défendeur doit réellement [8]. Ce serait également se tromper que de croire que toutes les exceptions dérivent de l'édit prétorien; les lois, les sénatus-consultes, la jurisprudence et les constitutions impériales en ont créé un grand nombre [9] qui peuvent être opposées même à une action prétorienne [10].

On appelait *præscriptiones,* de *præ-scribere,* les réserves et moyens qui, au lieu de venir à la suite de l'*intentio*, la précédaient dans la formule [11]. Elles pouvaient être faites, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, dans l'intérêt de l'une et de l'autre des deux parties [12]. Le demandeur pouvait avoir intérêt à faire une *præscriptio*, soit pour exprimer des réserves et protestations contre les conséquences préjudiciables qu'on aurait pu tirer de l'action intentée [13], soit pour déterminer avec précision les faits sur lesquels il prétendait fonder sa demande, auquel cas, la *præscriptio* était comme une espèce de *demonstratio* [14]. Le défendeur, de son côté, faisait insérer une *præscriptio* quand il avait à opposer un moyen

omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem : quia dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. — Cf. Fr. 36 in f. D., *de verborum obligat.* 45, 1.

[8] Il en est de même de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* (*voy.* ci-après, t. II, § 248) et de beaucoup d'autres exceptions.

[9] GAIUS, IV, 118. « Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat : quæ omnes vel ex *legibus* vel ex *his, quæ legis vicem obtinent,* substantiam capiunt, vel ex iurisdictione prætoris proditæ sunt. » — § 7, I., *h. t.* — Fr. 3, D., *eodem.*

[10] Nous nous bornons à citer l'*exceptio dominii* opposée à l'action Publicienne (*voy.* ci-après, § 122) et l'*exceptio Sc. Velleiani* opposée à une action hypothécaire ou quasi Servienne. Fr. 8, pr. Fr. 29, pr. D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1.

[11] GAIUS, IV, 130-137.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 44, vers la fin.

[13] Des exemples frappants nous sont fournis par GAIUS, IV, 131. Quelqu'un s'est engagé à me payer une rente annuelle. A chaque échéance, je ne puis exiger qu'une seule annuité (*voy.* ci-après, § 75, n° 3); mais pour juger ma demande, le juge doit nécessairement examiner mon droit tout entier, qui se trouve ainsi *in iudicium deductum,* et par suite nové, ce qui a pour effet de l'éteindre et de le remplacer par le jugement, qui pourtant ne m'adjugera qu'une seule annuité (*voy.* ci-dessus, § 54, notes 8 sqq.). Pour éviter cela, « necesse est, ut cum hac præscriptione agamus : EA RES AGATUR, CUIUS REI DIES FUIT; alioquin, si sine hac præscriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his verbis concepta est : QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram in hoc iudicium deducimus..... Item si, verbi gratia, *ex emto* agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita præscribere : EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO : ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda ea [... iterum agere] possimus. [Sed] totius illius iuris obligatio illa intenta actione, QUIDQUID OB EAM REM N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} DARE FACERE OPORTERET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. » Cf. CIC., *de oratore,* I, 37. — Au lieu de PRÆSCRIBERE, l'on dit aussi PRÆDICERE. Fr. 48, § 7, D., *de Ædilicio edicto* 21, 2, et ci-après, t. II, § 213, note 32. Cf. Fr. 7, § 2, D., *de hered. petit.* 5, 3.

[14] Cela pouvait surtout être nécessaire dans les *condictiones incerti,* quand il importait de faire

de défense qui, s'il était reconnu fondé, devait avoir pour effet de faire débouter l'adversaire de sa demande sans qu'il fût besoin d'en discuter le fond. On comprend, en effet, que l'examen d'un pareil moyen devait précéder l'examen du fond, et que dès lors le préteur l'indiquait dans la formule avant de donner ordre au juge de rechercher le fondement de l'*intentio*. Parmi ces *præscriptiones* du défendeur figurent en première ligne les *præiudicia*, ayant pour but d'empêcher que le demandeur, en soulevant actuellement une contestation, ne surprenne un jugement qui décide implicitement une question plus grave [15]. Quand pareille chose était à craindre, la *præscriptio* ordonnait au juge de ne s'occuper du procès actuel qu'en tant que la décision à intervenir ne préjugeât point la question plus importante qui pourrait être agitée plus tard [16] : de là le nom de *præiudicium* [17]. D'autres *præscriptiones* avaient pour but de faire déclarer le demandeur non recevable, par les motifs que le tribunal devant lequel il avait attrait le défendeur était incompétent, que la contestation soulevée avait déjà été définitivement décidée par un jugement antérieur, que le temps fixé par la loi pour intenter l'action était écoulé, etc. [18]. Dans tous ces cas, en effet, si l'objection du défendeur est vraie, le juge devra, en

connaître les faits sur lesquels il fondait son droit. Pour désigner ces demandes, l'on emploie le terme : *præscriptis verbis actio*. *Voy.* GAIUS, IV, 134 sqq. Cf. ci-dessus, § 52, B, 2, et ci-après, t. II, § 245.

[15] Fr. 54, D., *de iudiciis* 5, 1. « Per minorem causam maiori cognitioni præiudicium ferri non oportet : maior enim quæstio minorem causam ad se trahit. » — GAIUS, IV, 133. « ...Esset enim iniquum, per unius [rei petitionem...] — Fr. 21, D., *de except.* 44, 1. « Rei maioris pecuniæ præiudicium fieri videtur, cum ea quæstio in iudicium deducitur, quæ vel tota, vel ex aliqua parte communis est quæstioni de re maiori. » — Fr. 7, § 2, D., *de heredit. pet.* 5,3. « ... *prædicatur*... ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat. » *Voy.* ci-dessus, note 13 *in fine*... Cf. Cic., *de invent. rhet.* II, 19 in f., et ci-après, note 18. — Il en est tout autrement des *actiones præiudiciales*. Le jugement dans ces actions ne décide point, en effet, implicitement la question plus grave qui peut être soulevée plus tard; il ne fait que constater un droit qui sert de point de départ pour l'action ultérieure. *Voy.* ci-dessus, §§ 44 et 53, II.

[16] Quand l'action plus importante était déjà engagée, il n'y avait pas lieu d'accorder l'exception : le préteur suspendait directement, par un décret, la procédure de la cause mineure. Fr. 13, D., *h. t.*

[17] L'exemple le plus frappant est celui où quelqu'un intente, par rapport à des choses comprises dans une succession héréditaire, une action que le juge ne saurait juger sans statuer implicitement sur le droit de succession même. L'action n'est, dans ce cas, accordée qu'avec la *præscriptio* ou *exceptio* : QUOD PRÆIUDICIUM HEREDITATI NON FIAT. GAIUS, IV, 133, et ci-après, t. III, § 408 OBS. D'autres exemples : Fr. 16. 18, D., *h. t.* — L. 2, C., *de ordine iudiciorum* 3, 8. — Tit. C., *de ordine cognitionum* 7, 19. Cf. Cic., *de inventione rhet.* II, 20. — Fr. 4, D., *de publicis iudiciis* 48, 1. « Interdum evenit, ut præiudicium iudicio publico fiat : sicut in actione legis Aquiliæ et furti, et vi bonorum raptorum... » — Fr. 37, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 2, § 1, D., *vi bonor. rapt.* 47, 8. — Fr. 7, § 1, D., *de iniuriis* 47, 10. — Fr. 104, D., *de reg. iuris* 50, 17. — Tit. C., *quando civilis actio criminali præiudicet* 7, 31. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 266, note 8.

[18] PRÆSCRIPTIO FORI : Fr. 7, pr. D., *qui satisdare cog.* 2, 8. — Fr. 5, in f. Fr. 52, § 3, D., *de iudiciis* 5, 1. — L. 13, C., *de except.* 8, 36. Cf. ci-dessus, § 19, note 24. — PRÆSCRIPTIO REI IUDICATÆ : Fr. 1, D., *h. t.* — Fr. 29, D., *de exc. rei iud.* 44, 2 et *passim*. — PRÆSCRIPTIO TEMPORALIS, LONGI TEMPORIS, DECENNII, etc. *Voy.* ci-dessus, § 58.

règle générale, déclarer le demandeur non recevable, sans avoir besoin d'examiner la question de savoir si sa demande est fondée, cette question devenant entièrement oiseuse [19].

Ce n'était donc pas sans raison que ces moyens occupaient dans la formule la place qui leur a valu le nom de *præscriptiones*. Cependant Gaius nous apprend que de son temps les *præscriptiones* n'étaient plus en usage qu'en faveur du demandeur, et que les moyens employés sous ce nom par le défendeur étaient assimilés aux exceptions, c'est-à-dire placés après l'*intentio* [20]. Ce changement a pu se faire d'autant plus facilement qu'au fond, la nature des deux institutions est la même, et que si, en thèse générale, les *præscriptiones* sont susceptibles d'être discutées sans qu'il soit besoin d'examiner le fond, le contraire cependant peut aussi arriver [21]. Quoi qu'il en soit, déjà Cicéron appelle *exceptio* un moyen qui appartient sans conteste à la catégorie des *præscriptiones* proprement dites; et dans les écrits des jurisconsultes classiques, comme dans les constitutions impériales, les deux termes sont employés comme synonymes [22]. Cependant le mot *exceptio*, comme indiquant mieux la nature du moyen, est naturellement d'un usage plus fréquent.

Nous lisons dans Gaius que les exceptions n'étaient point en usage du temps des *legis actiones* [23]. Cela ne veut certes pas dire que le défendeur n'ait pu se servir de moyens de défense du genre de ceux qui, du temps de Gaius, portaient ce nom. Mais il est probable qu'à cette époque ces moyens

[19] Quintilien, *inst. orat.*, VII, 5. « ... Cum ex *præscriptione* lis pendet, de ipsa re quæri non est necesse. Ignominiose (autre leçon : « Ignominioso patri ») filius *præscribit :* de eo solo iudicatio est, *an liceat?* » — L. 5, C., *de pignor.* 8, 14. « ... Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eam collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, *non causa cognita, sed præscriptione,* superatum esse constiterit » (215). – Fr. 2, § 1, D., *ad legem Iuliam de adulteriis* 48, 5.

[20] Gaius, IV, 133. « ... Præscriptio... nunc in speciem exceptionis deducta. » Cela s'applique aussi aux *præiudicia*. Fr. 7, § 2. Fr. 25, § 17, D., *de heredit. petit.* 5, 3. – Fr. 1, § 1, D., *familiæ erciscundæ* 10. 2. – Fr. 13. 16. 18, D., *h. t.*

[21] Notamment quand le demandeur conteste soit le fait sur lequel le défendeur fonde l'incompétence du juge, soit l'identité de la question que le défendeur prétend avoir été décidée par un jugement antérieur, etc. Cf. L. 9, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33. « Emtor bona fide contra præsentem decennii præscriptione, cuius initio contestationem haberi sufficit, *posteaquam suam impleverit intentionem petitor,* adhibita probatione iustæ possessionis defensus, absolvi recte postulat. »

[22] Cic., *de invent. rhetor.*, II, 20. Cf. le même, *de oratore*, I, 37. — Parmi le grand nombre de textes du *Corpus iuris* qui peuvent être cités à l'appui de la proposition du texte, nous nous bornons à rappeler les passages mentionnés dans les notes 13 à 19 et à ajouter les suivants : Præscriptio doli mali. Fr. 23, D., *h. t.* – Fr. 91, D., *de solut.* 46, 3. — Exceptio annua, temporalis, longæ possessionis. Fr. 30, § 5, D., *de peculio* 15, 1. – Fr. 1, pr. § ult. D., *quando actio de peculio annalis est* 15, 2. – Fr. 5, § 1. Fr. 12, D., *de diversis tempor. præscr.* 44, 3. – L. 4, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. – L. 1, pr. C., *de annali exc.* 7, 40. Cf. les inscriptions des titt. D., 44, 1, et C., 8, 36.

[23] Gaius, IV, 108. « ... Nec, ita ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. »

étaient examinés préalablement et séparément [24] avant l'octroi ou le refus de l'action définitive. Dans le système formulaire, les exceptions étaient très-importantes et fournissaient un moyen très-avantageux d'introduire des réformes législatives. Après la fusion du *ius* et du *iudicium*, tout ce qui tenait à la forme dut nécessairement s'effacer : mais l'idée des *exceptiones* resta la même, et, dans nos sources, ce mot n'est employé que pour désigner les défenses que nous avons comprises dans le n° 3 de ce paragraphe, quoique, dans le langage ordinaire, on lui donne souvent un sens plus étendu qui comprend tout moyen de défense quelconque [25].

EFFETS ET DIVISIONS DES EXCEPTIONS.

§ 63.

Si l'exception est fondée, elle doit avoir pour effet de faire déclarer le demandeur non recevable dans ses conclusions, et de repousser ainsi l'action. Eu égard à cet effet, on distingue les *exceptiones peremtoriæ* ou *perpetuæ* et les *exceptiones dilatoriæ* ou *temporales* [1]. Les dernières sont celles qui ont pour effet de repousser le demandeur, mais pour le moment seulement, de manière qu'il reste libre d'intenter ultérieurement une nouvelle action du même chef [2], par exemple, l'exception d'incompétence du juge, l'exception fondée sur la non-exigibilité d'une dette dont l'existence n'est pas déniée [3]. Les exceptions péremptoires, au contraire, anéantissent

[24] Soit que le préteur décidât lui-même ce *præiudicium*, soit qu'il imposât aux parties une *sponsio præiudicialis* (ci-après, § 70) à l'effet de le faire décider par un juge. Cf. PLAUTE, *Rudens*, V, 3, 24.

[25] Ce langage inexact se trouve même dans une constitution de Justinien, L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12, où il est question de *omnis temporalis* EXCEPTIO, *sive per* USUCAPIONEM *inducta, sive per X sive per XX annorum curricula introducta.* Le moyen fondé sur l'USUCAPION est, en effet, non pas une *exceptio*, mais une *litis contestatio negativa*. *Voy.* au commencement de notre paragraphe, n° 1, et ci-après, §§ 120-122.

[1] GAIUS, IV, 120-125. — § 9-11, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Fr. 2. 3, D., *eodem* 44, 1.

[2] GAIUS, IV, 122. — § 10, I., *de except.* 4, 13. « *Temporales* atque *dilatoriæ* sunt, quæ ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt... » — Fr. 2, § 4. Fr. 3, D., *eodem* 44, 1. — Il est à remarquer que, dans l'ancien droit, l'exception dilatoire pouvait avoir pour effet d'anéantir ou de paralyser *pour toujours* l'action du demandeur. Si, par exemple, le défendeur opposait la non-exigibilité de la dette, le juge devait nécessairement débouter le demandeur, lequel, par suite de ce jugement, se trouvait dans l'impossibilité de faire valoir sa créance au moyen d'une action nouvelle, ou devait au moins s'attendre à ce qu'on lui opposât l'*exceptio rei in litem deductæ* ou *rei iudicatæ*. GAIUS, IV, 108. Cf. ci-dessus, § 54, notes 8-13, et ci-après, § 69. Pour éviter ces conséquences, le demandeur n'avait d'autre moyen que de retirer son action avant qu'il fût procédé à la *litis contestatio*. GAIUS, IV, 123. « Observandum est autem ei, cui dilatoria obiicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin, si obiecta exceptione egerit, rem perdit : nec enim post illud tempus quo integra re evitare poterit, adhuc ei potestas agendi superest, re in iudicium deducta et per exceptionem peremta. » — § 10, I., *de except.* 4, 13. « ... Hodie autem non ita stricte procedere volumus, sed, *etc.* »

[3] Exemples : La *præscriptio fori*, ci-dessus, § 62, note 18). — L'*exceptio pacti in diem*, GAIUS,

pour toujours l'action, de sorte que le demandeur ne pourra jamais plus l'intenter [4], par exemple, l'*exceptio doli*, la *præscriptio temporalis* [5].

On divise aussi les exceptions en *personæ cohærentes* et *rei* (ou *causæ*) *cohærentes*, selon qu'elles sont attachées exclusivement à une personne déterminée ou qu'elles sont inhérentes à un rapport de droit quelconque et passent à tous ceux qui succèdent dans ce rapport [6]. Cette notion peut être appliquée dans un sens actif et dans un sens passif, c'est-à-dire tant au demandeur qu'au défendeur [7].

Enfin, nous trouvons dans nos sources quelques divisions qui n'exigent guère d'explications, parce qu'elles ont le même fondement que les divisions correspondantes des actions; par exemple, celles en *exceptiones civiles* et *honorariæ*, *exceptiones utiles* et *in factum* [8].

COMMENT LES EXCEPTIONS PRENNENT FIN.

§ 64.

Avant tout, nous devons rappeler la règle de l'ancienne procédure qui défendait au juge d'avoir égard aux exceptions qui ne se trouvaient pas mentionnées dans la formule. Ce n'est que dans les *bonæ fidei iudicia* que cette règle ne recevait point d'application [1]. Dans tous les autres procès, le défendeur devait exposer ses exceptions au préteur avant la

IV, 123. — § 11, I., *de except.* 4, 13. — Fr. 3, D., *eodem* 44, 1. — Les *præiudicia*, ci-dessus, § 62, notes 13 sqq.). — Les *exceptiones litis dividuæ et residuæ*, ci-après, § 75, OBSERVATION.

[4] GAIUS, IV, 121. — § 9, I., *de except.* 4, 13. « *Perpetuæ* atque *peremtoriæ* sunt, quæ semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt. » — Fr. 3, D., *eodem* 44, 1.

[5] *Præscriptio temporalis*, c'est-à-dire l'exception fondée sur ce que le *temps* fixé par la loi est écoulé. Signalons ici la terminologie défectueuse des Romains, suivant laquelle le nom de TEMPORALIS peut être donnée à une exception qui, à un autre point de vue, doit recevoir la qualification, diamétralement opposée, de PERPETUA ou *peremtoria*.

[6] Fr. 7, D., *de except.* 44, 1. « Exceptiones, quæ *personæ* cuiusque cohærent, non transeunt ad alios, veluti quam socius habet exceptionem, *quod facere posset*, vel parens patronusve, non competit fideiussori... § 1. Rei autem cohærentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt... » — Comme il y a des *actiones*, de même il y a des *exceptiones in rem scriptæ*. Fr. 4, § 33, D., *de doli mali et metus except.* 44, 4, et ci-après, t. II, § 203. Dans les *Vaticana fragm.* 266, il est même question d'une *exceptio* (*quasi*) *popularis*. « Nam semper exceptione Cinciæ uti potuit, non solum ipse, verum, ut Proculeiani putant, etiam quivis, *quasi popularis* sit hæc exceptio. » *Voy.* ci-après, t. II, § 233.

[7] Ainsi l'*exceptio doli* est *personæ cohærens* à l'égard du demandeur, c'est-à-dire qu'elle ne peut être opposée qu'à celui qui s'est rendu coupable du dol (et à ses héritiers); elle est *causæ inhærens* à l'égard du défendeur, c'est-à-dire qu'elle peut être opposée par celui qui a été victime de la fraude et par tous ses successeurs et ayants cause. Fr. 2, § 1. 2, D., *de doli mali except.* 44, 4.

[8] GAIUS, IV, 118. — *Vatic. fragm.* 310. « ... neque *Cinciæ legis* exceptio obstat, neque *in factum* : SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPAVI VEL PROMISI ME DATURUM ». Cf. ci-après, t. II, § 233. — Fr. 21, D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Fr. 7, § 3, in f. D., *de iure dotium*, 23, 3. — Fr. 2, § 5. Fr. 4, § 16, D., *de doli mali except.* 44, 4 et *passim*.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 51, notes 6 sqq. C'est pourquoi les Romains disent que « bonæ fidei iudicio

conception de la formule [2]. S'il le négligeait, il perdait le droit de les faire valoir. — Quand la séparation du *ius* et du *iudicium* eut disparu, on établit la règle que les exceptions dilatoires doivent être produites pendant l'instruction du procès, tandis que les péremptoires sont admises jusqu'au jugement [3]. Exceptionnellement, certains moyens de défense peuvent même être opposés après le jugement, afin d'en empêcher l'exécution [4].

Abstraction faite de ces règles de procédure, les exceptions prennent naturellement fin dès que le droit sur lequel elles sont fondées s'éteint, ou que l'une des conditions essentielles dont la loi fait dépendre leur existence vient à cesser. Mais elles ne s'éteignent point par la prescription. Ce dernier point ne peut guère être douteux pour ceux qui pensent avec nous que la prescription n'anéantit que l'action. Car, le droit même continuant de subsister, il est évident qu'on doit admettre les moyens de le faire valoir que la loi ne déclare pas expressément être anéantis. A cette raison se joint encore une considération d'équité qui s'oppose à ce que la prescription soit appliquée aux exceptions. En effet, il y a entre l'action et l'exception cette différence que nous sommes libres d'intenter l'action quand nous voulons, tandis que nous ne pouvons opposer une exception que si notre adversaire nous en fournit l'occasion en nous poursuivant en justice [5]. Aussi la plupart des auteurs admettent qu'en général les exceptions ne s'éteignent point par prescription, et l'école a formulé le principe en ces termes : *Quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* *. Cependant cette règle est combattue par plusieurs interprètes, et il est tout naturel que ceux qui soutiennent que la prescription a pour effet d'éteindre le droit auquel l'action se rapporte ne la reconnaissent pas d'une manière absolue. Ils l'admettent, à la vérité, pour le cas où le droit en question n'est protégé que par une exception et où, par conséquent, celui à qui il compète n'aurait pas pu le faire valoir au moyen d'une action, parce qu'il serait contraire à l'équité d'imputer une négligence à celui que la loi met dans l'impossibilité d'agir. Mais ils déclarent prescrites toutes les exceptions fondées sur un droit pour la protection duquel la loi accorde une action, parce que, disent-ils, la personne

exceptiones doli mali INSUNT, » c'est-à-dire que ces exceptions n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule. Cf. ci-après, t. II, § 195, n° 5. — Sur le sens du mot *exceptio doli, voy.* ci-dessus, § 62, note 7. Cf. Fr. 5, D., *de usuris* 22, 1. « Generaliter observari convenit, bonæ fidei iudicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur, » et ci-après, t. II, §§ 195. 202.

[2] GAIUS, IV, 117. 118.

[3] L. 2, C., *sententiam rescindi non posse* 7, 50. — L. 4. 8. 12. 13, C., *de except.* 8, 36. — Cf. L. 19, C., *de probationibus* 4, 19.

[4] Par exemple, celle du *sénatusconsulte Macédonien*. Fr. 11, D., *de Sc. Maced.*, 14, 6. — *Voy.* aussi Fr. 16, § 1, D., *de compens.* 16, 2. — L. 2, C., *eodem* 4, 31. — Fr. 17, § 2, D., *soluto matr.* 24, 3. — Fr. 43, pr. in f. D., *de donat.* 39, 5. — Fr. 41, § 2, D., *de re iudic.* 42, 1. — Fr. 41, § 1, D., *de fideiuss.* 46, 1.

[5] Cette considération se trouve chez PAUL, Fr. 5, § 6, D., *de doli mali exceptione* 44, 4

qui avait ce droit n'a qu'à s'imputer à elle-même de n'en avoir pas fait usage en intentant l'action. Ce raisonnement est loin d'être concluant. D'abord, pour qu'il fût tout à fait décisif, il faudrait que l'action et l'exception qui servent à protéger le même rapport de droit produisissent toujours le même effet, ce qui est loin d'être vrai dans tous les cas[6]. Ensuite, il nous semble qu'une raison analogue à celle qui a fait prévaloir l'opinion moins rigoureuse dans le premier cas peut être invoqué dans le second. En effet, de cela même que je n'ai pas fait valoir mon exception, il résulte que l'exercice du droit sur lequel elle est fondée n'a pas été troublé : pourquoi donc me punir de n'avoir point suscité un procès que rien ne m'engageait à intenter, puisque aucun acte ne s'était prodnit qui pût me faire craindre un changement dans le *statu quo* [7]?

Ce qui pourrait jeter du doute sur la vérité absolue de notre règle, c'est que, dans une espèce particulière, la loi restreint l'usage d'une exception à un délai déterminé. Nous voulons parler de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Mais nous verrons ci-après, au livre des Obligations, d'abord que ce moyen n'est pas une véritable exception, ensuite que la restriction dont il s'agit se rapporte moins à la prescription qu'aux règles sur la force probante des titres [8].

Remarquons encore que le concours de deux ou plusieurs exceptions n'a point pour effet d'en éteindre l'une ou l'autre : le défendeur peut les faire valoir toutes à la fois [9].

[6] Supposons qu'une vente ait été conclue, mais que le contrat n'ait été exécuté par aucune des deux parties contractantes. Dans ce cas, chacune d'elles aura l'action résultant du contrat à l'effet d'en demander l'exécution; mais aussi chacune d'elles pourra opposer à l'action de l'adversaire l'*exceptio non adimpleti contractus* ', qui aura pour effet d'empêcher l'exécution du contrat, à moins que le demandeur ne commence par exécuter de son côté. L'exception a donc un but tout à fait différent de celui que nous poursuivons par l'action. — Un exemple montrera l'importance de cette distinction : En 1855, A vend à B une maison à condition que la livraison de la maison se fera à l'instant et que le prix d'achat ne devra être payé qu'en 1857. Aucune des deux parties n'exécute. Chacune d'elles aura donc à la fois l'action résultant de la vente et l'*exceptio non adimpleti contractus*. Cependant l'action de l'acheteur sera prescrite en 1875, celle du vendeur le sera en 1877. Admettons maintenant que le vendeur demande, en 1876, le payement du prix; le défendeur dont l'action est prescrite depuis un an pourra-t-il faire valoir son *exceptio non adimpleti contractus?* Cette question ne souffre pas de doute, selon nous : les adversaires de notre système, au contraire, sont obligés de condamner l'acheteur à payer le prix sans recevoir la maison. Cf. DE SAVIGNY, t. V, 421, note *a*.

[7] Exemple : Un fils est exhérédé dans le testament de son père sans juste motif. Il peut attaquer ce testament par une action appelée *querela inofficiosi testamenti* et qui se prescrit par le laps de cinq ans. Cependant la personne instituée dans le testament ne fait aucune démarche pour le faire valoir. Le fils se met en possession des biens délaissés et jouit tranquillement de la succession. Après plusieurs années, la personne instituée dans le testament demande la délivrance de la succession au moyen de la *hereditatis petitio,* action qui ne se prescrit que par trente ans. Le fils ne pourra-t-il pas faire valoir, par exception, l'inofficiosité du testament? Fr. 8, § 13, D., *de inoff. test.* 5, 2. — *Voy.* DE SAVIGNY, § 254, note *k*, et cf., ci-après, t. III, § 392.

[8] *Voy.* ci-après, t. II, § 248.

[9] Fr. 5, D., *de except.* 44, 1. « Is qui dicit se iurasse, potest et aliis exceptionibus uti cum

RÉPLIQUE, DUPLIQUE, ETC. †.

§ 65.

Le défendeur ayant fait valoir ses exceptions, le demandeur, à moins de se soumettre aux conclusions de l'adversaire, cherchera à les rencontrer et à les paralyser à son tour. A cet effet, il peut faire ce que le défendeur a fait à l'égard de l'action, c'est-à-dire il peut nier que le droit sur lequel l'exception est fondée ait jamais existé, ou bien il peut en contester l'existence actuelle, ou enfin il peut opposer, de son côté, un droit qui aura pour effet de paralyser le droit que le défendeur avait vanté dans l'exception [1]. Ce dernier moyen de défense, on le voit, n'est de sa nature autre chose qu'une exception opposée aux conclusions du défendeur; aussi est-il, dans nos sources, désigné par les mots *exceptio exceptionis* [2] ou, par un terme spécial, *replicatio* [3]. Dans le langage ordinaire, on se sert également de ce dernier terme pour désigner tout moyen quelconque que le demandeur oppose à la défense de son adversaire.

Si le défendeur répond à la réplique par une nouvelle exception, cette dernière est appelée *duplicatio;* et si l'affaire se poursuit ainsi, il y aura *triplicatio*, *quadruplicatio*, etc. [4].

Appendice. — De l'intervention.

§ 66.

Dans les deux chapitres qui précèdent, nous nous sommes occupé des actes du demandeur et des actes du défendeur, supposant toujours un procès régulièrement engagé entre deux parties ayant des intérêts direc-

exceptione iurisiurandi, vel aliis solis : pluribus enim defensionibus uti permittitur. » — Fr. 8, D., *eodem*. « Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversæ sunt. »

† Gaius, IV, 126-129. — Tit. I., *de replicationibus* 4, 14.

[1] (Gaius, IV, 126) Pr. I., *de replicationibus* 4, 14. « Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie iusta videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adiuvandi actoris gratia, quæ *replicatio* vocatur, quia per eam *replicatur* atque *resolvitur* ius exceptionis. » — Fr. 2, § 1. 2, D., *de except.* 44, 1. « Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quæ quidem ideo necessariæ sunt, ut exceptiones excludant..... » — Fr. 27, § 2, D., *de pactis* 2, 14. « Et ideo replicatione exceptio elidetur ». — Fr. 154, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[2] Fr. 22, D., *de except.* 44, 1. « Replicatio est contraria exceptio, quasi *exceptio exceptionis* ».

[3] Gaius, IV, 126 et suiv. — Tit. I., *de replicationibus* 4, 14. — La forme de la *replicatio* était la même que celle de l'*exceptio*. Par exemple, on répliquait à l'exception fondée sur un pacte rémissoire : SI NON POSTEA CONVENERIT UT EAM PECUNIAM PETERE LICERET ». Gaius, IV, 126. — Théophile, ad Pr. I., *h. t.* — Fr. 48, D., *de procuratoribus* 3, 3. — Fr. 14, D., *de Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 32, § 2, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 25, D., *de exc. rei ind.* 44, 2. — Fr. 154, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[4] Gaius, IV, 127. — § 1, I., *de replicat.* 4, 14, et Théophile, *ad h. l.* — Dans quelques pas-

tement opposés [1]. Mais il peut se faire aussi qu'à un moment quelconque de l'instance une personne tierce intervienne dans le débat pour soutenir des droits à elle qui pourraient être compromis, soit qu'elle ait pour but d'aider l'une ou l'autre des deux parties dont les intérêts peuvent avoir un rapport de connexité avec les siens, soit qu'elle ne poursuive que des intérêts qui lui sont personnels, deux hypothèses qu'on a l'habitude de distinguer par les termes : intervention accessoire et principale, qui se confondent plus ou moins avec une autre division de l'école en intervention forcée et volontaire [2]. Ces interventions [3] offrant l'avantage de diminuer le nombre des procès et de prévenir les conflits qui peuvent résulter de jugements divergents, la jurisprudence moderne les admet d'une manière générale toutes les fois que l'intervenant a un intérêt dans la contestation originaire [4]. La législation romaine n'est pas arrivée à ce point [5],

sages, on donne le nom de *triplicatio* à la réponse que le défendeur fait à la réplique du demandeur et qu'on appelle habituellement *duplicatio*. Fr. 2, § 3, D., *de except.* 44, 1; Fr. 7, § 1, 2, D., *de curat. furioso dandis* 27, 10. Le mot *quadruplicatio* ne se trouve que dans Théophile. — Gaius, IV, 127-129, appelle tous ces moyens *adiectiones*, terme qui s'explique aisément par la rédaction de la formule et que Justinien a remplacé dans les *Institutes* par l'expression plus générale *allegationes*.

[1] Il y a des procès dans lesquels il paraît y avoir plus de deux parties : telles sont les actions en partage et l'*actio pro socio*. Mais, malgré la pluralité de personnes, chaque question litigieuse qui se produit dans ces actions est toujours agitée entre deux groupes d'intérêts, l'un demandeur, l'autre défendeur. Cf. Fr. 11, § 2, D., *de iurisdictione* 2, 1. – Fr. 4, § 8, D., *finium regundorum* 10, 1.

[2] C'est-à-dire qu'en général toute intervention dite volontaire ou spontanée est principale, et toute intervention dite forcée ou obligatoire a un caractère accessoire.— Ces deux divisions et la terminologie qui les consacre sont loin d'être irréprochables. La première est défectueuse (comme toute division qui comprend les mots *principal* et *accessoire*) en ce que le mot principal, tout en ne pouvant s'appliquer qu'aux choses ou notions qui existent par elles seules, ne présente de sens qu'en tant qu'il se trouve en opposition à une chose ou notion accessoire. La seconde est plus défectueuse encore, par la raison que les interventions qu'elle qualifie de forcées peuvent être les plus volontaires du monde (cf. ci-après, note 16), défaut que nous aurons à signaler encore plus loin, quand nous traiterons des cessions dites nécessaires (t. II, § 188). On remédierait quelque peu à cet inconvénient, en remplaçant les mots « forcée » et « volontaire » par « obligatoire » et « spontanée ».—Malgré ces défauts, les deux divisions sont cependant fondées sur des différences très-réelles, mais qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, d'exprimer par un seul mot. On s'en convaincra en suivant l'énumération que nous ferons.

[3] Le mot *intervenire* se rencontre dans diverses significations, entre autres aussi pour désigner l'institution dont nous nous occupons ici. Fr. 5, § 3, D., *iudicatum solvi* 46, 7. Cf. Fr. 3, § 3, D., *eodem*. – Fr. 41, § 4, D., *de appellationibus* 49, 1.

[4] Point d'intervention sans intérêt personnel. C'est pourquoi nous n'avons pas à nous occuper des interventions apparentes du *vindex*, de l'*adsertor libertatis*, des parents dans diverses actions concernant l'état de personnes qui leur sont proches.

[5] On a soutenu le contraire à cause de quelques passages dont nous nous occuperons tantôt. Mais cette opinion est incompatible avec le développement historique de l'institution et avec l'ensemble de la législation de Justinien Ulpien, Fr. 14, pr. D., *de appellationibus* 49, 1. « .... Et Divus Pius *appellare* eis (legatariis) permisit. Et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare sed *et agere causam apud ipsum iudicem* qui de testamento cognoscit ». Cf. ci après, note 12. – Fr. 57, D., *de rei vindicatione* 6, 1 ; Fr. 57, D., *de heredit. petit.* 5, 3 ; Fr. 63 in f. D., *de re iudicata*

bien que les extensions successives [6] que le principe de l'intervention a reçues aient fini par embrasser la plupart des cas dans lesquels une intervention peut paraître désirable [7]. Nos sources accordent le droit d'intervention pour la défense de leurs intérêts personnels [8] : au patron à l'égard de l'action dans laquelle l'état de son affranchi est contesté de manière à compromettre le droit de patronat [9] ; à l'héritier par rapport à une instance dans laquelle un cohéritier défend des droits compris dans l'hérédité [9] ; aux cohéritiers et, en général, aux communistes pour prendre part à un partage déféré au juge [10] ; aux copropriétaires d'un fonds, quand il y a procès engagé sur l'existence d'une servitude en faveur ou à charge du fonds [11] ; aux légataires, par rapport à une action dans laquelle il s'agit de la validité du testament qui renferme le legs ou de la propriété d'une chose qui leur a été léguée [12] ; au fidéjusseur à l'effet de contester l'existence ou l'étendue de la dette qu'il a cautionnée, comme aussi au débiteur principal pour le même motif, dans le cas où c'est la caution qui est poursuivie [13] ; au tuteur pour sauvegarder ses droits dans l'action dirigée contre un collègue du chef de la gestion tutélaire [14] ; enfin à celui qui prétend être propriétaire d'une chose saisie ou bien avoir un droit d'hypothèque sur cette chose [15]. L'intervention se présente comme accessoire [16] dans les diverses hypothèses où une personne est tenue de

42, 1. Cf. ci-après, § 120, note 8. — Fr. 14, pr. D., *de noxal. act.* 9, 4. — Fr. 10, D., *de peculio* 15, 1.—Fr. 34, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 8, § 1, D., *de liberali causa* 40, 12.— Parmi les textes qu'on invoque à l'appui de la généralisation du principe de l'intervention, le Fr. 6, § 1, D., *de interrogationibus* 11, 1, n'a aucun rapport avec la matière ; les Fr. 2, § 1, D., *quando appellandum sit* 49, 4, et Fr. 1, pr. D., *de appellat. accipiendis* 49, 5, paraissent favorables, mais en tenant compte des autres décisions que nous avons rapportées, il est évident que les mots « *cuius interest, quorum interest* » veulent dire : « celui qui a un intérêt reconnu et consacré par la loi ».

[6] L'intervention était-elle admise du temps des *legis actiones?* La chose est possible : les *sponsiones* fournissaient le moyen ; mais l'affirmative ne résulte pas nécessairement de Cic., *pro Cæcina*, 19, et Valerius Probus, IV, 7. « Quando in iure te conspicio, postulo anne fuas auctor ». Dans ces deux passages, il peut fort bien s'agir d'une simple action en garantie. Cf. ci-après tome 2 § 2 note 1

[7] Mais pas tous : pour en être convaincu, il suffit de lire les passages cités à la note 5, et particulièrement les Fr. 57, D., *de heredit. petit.* 5, 3, et Fr. 57, D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. ci-après, § 120.

[8] Fr. 63 in f. D., *de re iudicata* 42, 1.

[9] Fr. 5, pr. D., *de appellationibus* 49, 1.

[10] Arg. Fr. 5, pr. D., *de appellationibus* 49, 1. — L. 17, C., *familiæ erciscundæ* 3, 36.

[11] *Voy.* ci-après, § 136, notes 4-9, et § 137, notes 1 et 2.

[12] A) Fr. 29, pr. D., *de inofficioso testamento* 5, 2. — Fr. 5, § 1. 2. 3. Fr. 14, pr. § 1, D., *de appellationibus* 49, 1, et ci-après, t. III, § 423, note 1. — B) *Nov.* 112, c. 1 et t. III, § 426 *in fine*.

[13] A) Fr. 5, § 1. 3, D., *iudicatum solvi* 46, 7. — Fr. 5, pr. D., *de appellationibus* 49, 1. — B) Fr. 8, § 8, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 3, § 10. Fr. 5, pr. D., *iudicatum solvi* 46, 7. — Cf. Fr. 42, § 2 in f. D., *de procuratoribus* 3, 3, et ci-après note 19.

[14] Fr. 10, § 4, D., *de appellationibus* 49, 1.

[15] Fr. 15, § 4. 5, D., *de re iudicata* 42, 1.

[16] Accessoire, forcée ou obligatoire. Cf. ci-dessus, note 2. Habituellement, pareille intervention se fait à la requête de la partie que nous sommes tenus d'assister ; mais rien ne s'oppose à ce que nous intervenions spontanément et sans en être requis. C'est même une mesure que la pru-

garantir à une autre l'existence ou l'étendue d'un droit [17], ainsi que dans le cas où une action en revendication est dirigée contre quelqu'un qui, détenant la chose revendiquée pour un autre, se soustrait à l'action en faisant connaître celui pour qui il possède, *dominum nominat* [18]. — Quant aux formes de l'intervention, la loi trace, pour le cas dont nous avons parlé en dernier lieu, des règles particulières [18]. Dans l'hypothèse de la garantie, nous voyons le garant intervenir, en se faisant constituer mandataire, *procurator*, par la personne qu'il entend garantir [19]. Par suite de cette constitution, l'action est alors transférée au garant et le jugement doit être rendu en son nom [20]. Mais il est probable qu'il pouvait aussi, en suite d'une simple dénonciation [21], être reçu partie intervenante, comme les légataires [22] et la plupart des autres personnes que nous avons nommées. Enfin, toute personne ayant le droit d'intervention peut, en dernière analyse, recourir à la voie d'appel, bien qu'elle n'ait pas été partie en première instance [23]. — Il est à peine nécessaire de dire que toute intervention doit être portée devant le juge saisi de la contestation originaire [24].

dence commande toutes les fois que nous avons connaissance de l'instance engagée. *Voy.* ci-après, note 21, et § 69, note 45.

[17] *Voy.* ce que nous dirons sur l'obligation de garantie, ci-après, t. II, § 170, où nous ferons également connaître les diverses hypothèses dans lesquelles cette obligation se produit.

[18] L. 2, C., *ubi in rem actio exerceri debeat* 3, 19. D'après cette loi, dès que le défendeur a nommé celui au nom de qui il possède, celui-ci sera averti de se présenter dans un délai fixé par le juge. S'il se présente en personne ou par procureur, il prend le rôle de défendeur et soutiendra le procès (c'est ce qu'en droit français on appelle garantie formelle). S'il ne se présente pas, il sera cité trois fois, et s'il persiste dans sa contumace, le juge, après une discussion sommaire de l'affaire, attribue au demandeur la possession de la chose revendiquée. Cf. ci-après, § 118.

[19] Fr. 42, § 2 in f. D., *de procuratoribus* 3, 3. Cf. ci-dessus, note 13 *in fine*. — Fr. 49, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 21, § 2, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 63, D., *de re iudicata* 42, 1.

[20] *Voy.* ci-dessus, § 56, notes 14-17, et ci-après, t. II, § 187, OBSERVATION. Cela rentre encore dans l'ordre d'idées qu'on désigne en droit français par le nom de garantie formelle.

[21] Cf. ci-dessus, § 48, note 7. Nous voyons aussi le garant se borner à assister la partie qu'il entend garantir. ~~Fr. 55, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2.~~ — L. 21. 23, C., *eodem* 8, 45. Dans ce cas, il n'y a pas d'intervention proprement dite, puisque le garant n'est pas partie au procès; cependant le jugement agit à son égard, comme s'il y avait figuré. Fr. 29, § 1, D. *de exc. rei iud.* 44, 2. — Fr. 63, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 4, § 4, D., *de appellationibus*. 49, 1. Cf. ci-après, § 69, note 45, et t. II, § 212.

[22] ULPIEN, Fr. 14, pr. D., *de appellationibus* 49, 1. « ..... Et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare (legatarii), sed et agere causam apud ipsum iudicem qui de testamento cognoscit ».

[23] Fr. 29, pr. D., *de inofficioso testamento* 5, 2. — Fr. 8, § 8, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 4, § 3. 4. Fr. 5, pr. § 1. 2. 3. Fr. 10, § 4. Fr. 14, pr. § 1, D., *de appellationibus* 49, 1.

[24] Fr. 49, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 1 in f. D., *quibus rebus ad eumdem iudicem eatur* 11, 2. — Fr. 15, § 4 sqq. D., *de re iudicata* 42, 1.

IV. Actes communs aux deux parties. — De la preuve †.

RÈGLES GÉNÉRALES.

§ 67.

Par la demande et par la défense, les deux parties allèguent des faits sur lesquels elles fondent leurs droits respectifs. Le juge ne croit rien, tout doit être prouvé; il est donc de la plus grande importance de déterminer à qui incombe la preuve des faits contestés. En thèse générale, il ne peut y avoir le moindre doute à cet égard :

« Celui qui fonde ses conclusions sur un droit qu'il soutient lui appar-
« tenir doit prouver les faits qui, selon lui, ont donné naissance à ce
« droit.

« Mais l'origine du droit étant constatée, son existence actuelle est
« présumée; si l'adversaire soutient qu'il a cessé d'exister ou qu'il a subi
« des modifications, c'est à lui de fournir la preuve des faits qui auraient
« eu pour effet de l'éteindre ou de le modifier [1]. »

C'est sur ces deux principes simples et rationnels que la théorie de la preuve est fondée. Nous allons en montrer l'application dans les diverses phases de la procédure.

Toute action suppose l'existence et la lésion d'un droit. Celui qui intente l'action, le demandeur, doit donc prouver qu'il a le droit dont il demande la protection, et que ce droit a été lésé par le défendeur : * *Actor probat actionem* * [2]. L'objet de la preuve à l'égard du premier point est déterminé par la nature du droit dont il s'agit; le demandeur est tenu de prouver l'existence de toutes les conditions essentielles du droit. Quant à la lésion, elle peut avoir été causée par des faits divers, dont la preuve incombe également au demandeur. Toutefois, il est à remarquer que cette preuve n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un droit en vertu duquel le demandeur peut exiger une prestation du défendeur : en d'autres termes, quand le demandeur poursuit l'exécution d'une obligation qui consiste à donner ou à faire quelque chose. Car dans ce cas, l'existence même du

† Tit. D., *de probationibus et præsumptionibus* 22, 3. — Tit. C., *de probationibus* 4, 19.

[1] Fr. 5, pr. § 1. Fr. 17, D., *h. t.* 22, 3. — Fr. 22, D., *de legatis II* (31). — Fr. 2, § 12, D., *de legatis III* (32). — L. 1. 11, C., *h. t.* 4, 19. — L. 5, C., *de codicillis* 6, 36. — *Voy.* aussi ci-après, notes 5 et 6.

[2] Gaius, IV, 93. — *Consultatio veteris icti*, VI, 1. 5. 6. 16. — § 4, I, *de legatis* 2, 20. — Fr. 5, pr. D., *si ususfructus petetur* 7, 6. — Fr. 2. 19, D., *h. t.* — Fr. 21 in f. D., *eodem.* « ... Quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit... » — Fr. 15, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1. — L. 4, C., *de edendo* 2, 1. — L. 1, C., *de prohibita sequestratione pecuniæ* 4, 4, — L. 2. 8. 20. 23, C., *h. t.*

droit prouve que l'obligation n'a pas été exécutée, et c'est précisément le défaut d'exécution de la part du défendeur qui constitue la lésion.

Le défendeur peut contester la demande de trois manières différentes. D'abord il peut nier les faits sur lesquels le demandeur fonde son action. Il est évident que cette négation n'a pas besoin d'être prouvée, puisque le demandeur, avant tout, doit établir l'existence de ces faits [3]. C'est à cet axiome que se rapporte le passage du Code qui dit que *negantis nulla probatio* [4]. En second lieu, le défendeur, tout en reconnaissant ces faits, peut en alléguer d'autres qui auraient eu pour effet d'éteindre le droit du demandeur. Il est évident que la preuve de ces faits lui incombe [5]. Enfin le défendeur, sans nier l'existence du droit du demandeur, peut lui opposer une exception, c'est-à-dire faire valoir, de son côté, un droit ou un fait qui doit avoir pour effet de paralyser le droit de la partie adverse. Il est encore évident qu'il est tenu de prouver l'existence de ce fait, sur lequel il fonde son moyen de défense, *reus probat exceptionem* * [6].

Si le demandeur réplique à la défense, les règles que nous venons d'exposer doivent être appliquées de la même manière, et ainsi de suite s'il y a lieu à *duplicatio*, etc.

Les commentateurs ont l'habitude de formuler ces règles en deux proverbes de droit, qui sont entièrement vrais dans l'application que nos sources en font, mais qui peuvent faire naître de graves erreurs quand on les applique d'une manière générale et absolue.

Le premier de ces proverbes est : * *Actor probat actionem*, *reus exceptionem* *. Rien n'est plus vrai, comme nous l'avons, au reste, démontré par ce qui précède. Mais la règle n'épuise pas toute la matière ; car s'il est incontestable que le défendeur doit prouver ses exceptions, il est également vrai qu'il doit encore prouver autre chose. En effet, le mot *exceptio*, comme terme technique, ne comprend que les moyens de défense qui, sans attaquer l'existence du droit du demandeur, ont simplement pour but de le paralyser et de le rendre inefficace. Or, nous avons vu que le demandeur peut se défendre encore par d'autres moyens qui mettent

[3] § 4, I., *de interdictis* 4, 15. « ... Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio. Propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitorem iudicari solet. » — Fr. 5, pr. D., *si ususfr. pet.* 7, 6. — L. 4, C., *de edendo* 2, 1. — L. ult. C., *de rei vindicatione* 3, 32. — L. 2. 8, C., *h. t.* 4, 19.

[4] Cic., *partit. orat.*, 30. — Fr. 2, D., *h. t.* 22, 3. « Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. » L. 23, C., *h. t.* « Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit : cum per rerum naturam *factum negantis probatio nulla sit* ». — L. 10, C., *de non numerata pecunia* 4, 30.

[5] Fr. 12, D., *h. t.* — L. 1, C., *eodem.* « Ut creditor qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem præstare cogitur. » — L. 16, C., *eodem.* Cf. L. 10, C., *de non numerata pecunia* 4, 30, et ci-après, t. II, § 248.

[6] *Voy.* ci-après, note 12.

également la preuve à sa charge, par exemple, en alléguant des faits qui auraient eu pour effet d'éteindre le droit du demandeur. Par contre, si l'on veut donner au mot *exceptio* la signification vulgaire d'après laquelle il comprend tout moyen de défense quelconque, l'application du proverbe sera trop étendue, partant erronée ; car le défendeur n'est pas tenu de fournir la preuve de ce que nous avons appelé ci-dessus la *litis contestatio negativa*.

L'autre proverbe : * *Affirmans probat*, *negantis nulla probatio* *, est également vrai dans les applications que les Romains font des deux propositions qui le composent [7] ; mais, interprété d'une manière arbitraire, il peut donner lieu aux erreurs les plus étranges [8]. Beaucoup de commentateurs, prenant la règle *negantis nulla probatio* pour une maxime générale et absolue, ont cru qu'il était physiquement impossible de fournir la preuve d'une négative ; et en partant de cette idée, ils ont soutenu que celui qui niait un fait ne pouvait être admis à en prouver la fausseté. Il est évident que cette opinion n'est pas fondée ; car la preuve d'une négative peut être fournie non-seulement d'une manière indirecte, par exemple, par un alibi, mais encore d'une manière directe, savoir, par témoins ou par délation de serment. Aussi celui qui nie un fait est toujours admis à prouver sa négation, quoiqu'il n'y soit point tenu quand il nie tout simplement les faits non prouvés sur lesquels l'adversaire fonde son droit [9]. D'autres erreurs peuvent naître de ce que l'on ne saisit pas bien le sens du mot *negare*. On ne doit point l'entendre de la forme logique, mais exclusivement du sens et de la nature juridique d'une assertion. Autrement, la règle serait tout à fait illusoire ; car presque toute proposition est susceptible d'être énoncée sous une forme affirmative ou sous une forme négative, selon la volonté de celui qui l'énonce [10].

De ce que nous venons de dire, il résulte que les deux proverbes cités, sagement interprétés, ne sont que des applications plus ou moins étendues des règles générales que nous avons exposées au commencement du paragraphe, mais qu'ils peuvent conduire à des erreurs, par cela même qu'ils ne constituent que des applications partielles. Il est donc plus prudent de n'en point faire usage, d'autant plus que nos règles générales suffisent pour résoudre toutes les difficultés qui ne proviennent pas de la nature particulière du droit litigieux.

[7] *Voy.* ci-dessus, notes 4 et 5.

[8] *Voy.* entre autres, sur cette matière, Toullier, *le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, liv. III, tit. III, chap. 6, nos 16 et suiv.

[9] Fr. 14, D., *de probationibus* 22, 3.

[10] Ainsi dans la *condictio indebiti*, je puis dire que *j'ai payé* ce que je ne devais pas, ou que je *ne devais pas* ce que j'ai payé. (*Voy.* ci-après, t. III, § 277). — En *affirmant* que j'ai la propriété libre et illimitée d'un fonds, je *nie* qu'un autre ait une servitude sur ce fonds. (*Voy.* ci-après, § 121.) — Il serait facile d'augmenter le nombre de ces exemples.

Observation. Comme celui qui intente une action est toujours nécessairement tenu de fournir la preuve des faits sur lesquels il la fonde, les Romains ont l'habitude de dire que celui à qui incombe la preuve d'un fait (*necessitas* ou *onus probandi*) est chargé du rôle de demandeur. Ainsi les termes : *Actoris partibus fungi, petitoris partibus fungi, petitoris partes sustinere, actoris partes obtinere,* signifient, dans la plupart des cas, tout simplement : être tenu de fournir la preuve d'un fait, n'importe que ce devoir incombe au demandeur ou au défendeur [11]. C'est en combinant cette terminologie avec la règle que le défendeur doit fournir la preuve de son exception, que les commentateurs ont fait le proverbe : * *Reus excipiendo fit actor* *.

DES MOYENS DE PREUVE †.

§ 68.

Le droit romain ne contient point, sur les divers moyens de preuve, les règles certaines et précises que nous trouvons dans les législations modernes et dans nos livres de théorie [1]; il laissait à cet égard au juge du fait une grande latitude et ne s'opposait pas à l'admission de simples indices, pourvu que, dans l'espèce, ils parussent suffisants pour donner la certitude requise [2]. — Nous nous bornerons ici à résumer brièvement

[11] Fr. 24, D., *de rei vindicatione* 6, 1. – Fr. 14. 18, pr. Fr. 19, pr. D., *h. t.* 22, 3. – Fr. 14, D., *de Carboniano edicto* 37, 10. – Fr. 15, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1.—Par contre, on considère comme synonymes les propositions « avoir le rôle de défendeur » et « être affranchi du fardeau de la preuve ». Cf. ci-dessus, notes 3 et 4. Mais pour des raisons que nous indiquerons ci-après, § 83, Obs., et § 118, C, on remplace habituellement dans la première proposition le mot « défendeur » par « *possessor* ». § 4, I., *de interdictis* 4, 15, ci-dessus, note 3. – Fr. 62, D., *de indiciis* 5, 1. – Fr. 18, pr. D., *h. t.* – Fr. 12, § 3, D., *de liberali causa* 40, 12. Cf. Fr. 7, § 5, D., *eodem.* – L. 2, C., *h. t.* 4, 19.

[12] Fr. 1, D., *de exceptionibus* 44, 1. « Agere etiam is videtur qui exceptione utitur : nam reus in exceptione actor est ». — Fr. 18, § 1. Fr. 19, pr. Fr. 25, § 2, D., *h. t.* – L. 4, C., *de int. restitut. minorum* 2, 22.

† Titt. D., *de probationibus et præsumtionibus* 22, 3; C., *eodem* 4, 19. *Voy.* aussi les textes cités ci-après, aux notes 3. 11. 25. 32.

[1] La matière est cependant fréquemment traitée par Cicéron, surtout dans son livre *De Oratore*, II, 27 sqq., et par d'autres auteurs romains. Quintilien lui consacre même tout spécialement le livre V de son ouvrage *De Institutione oratoria,* où il divise les probationes en inartificiales : præiudicia, rumores, tormenta (Paul, V, 15, 6), tabulæ, iusiurandum, testes (c. 1-7), et artificiales : signa, argumenta, exempla (c. 8 sqq.).

[2] Cic., *de republica,* I, 38. « Apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent ». — Aulu-Gelle, XIV, 2. – Paul, V, 11, 2. – Fr. 3, § 2, D., *de testibus* 22, 5. « (Divi Hadriani) exstat rescriptum... in hæc verba : Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest... Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere : sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris. » Cf. Fr. 79, § 1, D., *de iudiciis* 5, 1. – L. 4. 12. 19, C., *de rei vind.* 3, 32.

les principales dispositions que nous rencontrons sur cette matière dans nos sources.

I. La preuve testimoniale[3] était admise à Rome dans toutes les contestations; elle était même considérée comme donnant le plus haut degré de certitude[4]. Cette manière de voir ne surprendra point, quand on considère que, dans les premiers temps, tous les actes importants se faisaient publiquement et oralement et exigeaient la présence de témoins[5]. On ne se dissimulait point cependant le danger de ce genre de preuve[6], et sous les empereurs, nous voyons qu'on hésitait à l'admettre contre un titre écrit[7]. En général, deux temoins suffisaient pour prouver la réalité du fait dont ils déposaient; dans des cas exceptionnels, on exigeait un nombre plus considérable[8]. Il dépendait du juge de limiter le nombre des témoins à produire dans une contestation[9]. Nos sources contiennent diverses dispositions particulières concernant les qualités requises pour être admis comme témoin[10]. — Parmi les documents écrits, *tabulæ, documenta*, *instrumenta, scripturæ*[11], considérés comme moyens de preuve, les *monumenta publica* figurent naturellement en première ligne[12]. Les actes entre particuliers, consignés par écrit, font preuve suffisante

[3] PAUL, V, 15, *de testibus*. – Titt. D., *de testibus* 22, 5; C., *eodem* 4, 20.

[4] CIC., *de republica*, I, 38, ci-dessus, note 2. – Fr. 10, D., *de probat*. 22, 3, ci-après, note 12. Encore JUSTINIEN, *Nov.* 73, c. 3, s'exprime comme suit : « Ea quæ viva dicuntur voce et cum iureiurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere. » *Voy.* ci-après, note 14.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 34, notes 8. 13.

[6] L. 18, C., *de testibus* 4, 20. « Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes... » Toutefois cette considération engage tout simplement Justinien à exiger, dans un cas spécial, cinq témoins au lieu de deux.

[7] PAUL, V, 15, 4. « Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt. » — D'après les BASILIQUES, XXI, 1, 25 et HARMENOPOULOS I, 6, 57, la L. 1, C., *de testibus* 4, 20, aurait défendu d'admettre un témoignage contre une preuve écrite. *Voy.* cependant Fr. 7, § 12, D., *de pactis* 2, 14, et JUSTINIEN, *Nov.* 73, c. 3. (Cf. ci-dessus, note 4, et ci-après, note 14.)

[8] Fr. 12, D., *de testibus* 22, 5. « Ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficiunt; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. » – L. 9, § 1, C., *eodem* 4, 20. — Exceptionnellement, on exige trois et cinq témoins dans les L. 15, § 1, et L. 18, C., *eodem*.

[9] Fr. 1, § 2, D., *de testibus* 22, 5. Comme le dit ce texte, diverses lois avaient anciennement fixé le nombre de témoins qu'il serait permis de produire dans certaines matières. La loi (*Acilia*) *repetundarum*, c. 12, lin. 33. 34, donne le chiffre de quarante-huit; la loi *Julia Cæsaris repetundarum* celui de cent vingt (VAL.-MAX., VIII, 1, 10); la loi des *Tables d'Osuna*, c. 95, pour un *iudicium recuperatorium*, celui de vingt; la loi *Mamilia*, c. 5 (55) et l'*édit de Venafrum*, également pour des *indicia recuperatoria*, celui de dix. Le même chiffre de dix dans des causes du même genre se trouve chez CIC., *pro Cæcina*, 10 initio, et chez VALERIUS PROBUS, V, 7. « Q. E. R. E. T. P. I. R. D. *T. Q. P. D. T. D. D.* P. F. Quanti ea res erit, tantæ pecuniæ iudicium recuperatorium dabo, *testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi* potestatem faciam. »

[10] Fr. 3. 6. 10. 13. 15. 20. 21 pr. D., *de testibus* 22, 5. – L. 3. 6. 10. 12. 17. C., *eodem* 4, 20.

[11] Titt. D., *de fide instrumentorum* 22, 4; C., *eodem* 4, 21. — *Voy.* aussi PAUL, V, 25.

[12] Fr. 10, D., *h. t.* « Census et monumenta publica potiores testibus esse, senatus censuit. » – Fr. 29, pr. D., *eodem*. – Fr. 5, § 2, D., *de testibus* 22, 5.

des faits qui y sont constatés avec la précision et la clarté nécessaires [13], pourvu qu'il n'y ait pas de doute sur la réalité et la sincérité de l'écrit [14]. Cependant dans les derniers temps, on n'accorde à ces documents force pleinement probante vis-à-vis des personnes tierces que lorsqu'ils ont reçu un caractère d'authenticité par l'intervention d'une autorité publique [15] ou d'un tabellion [16], *instrumenta publice confecta*, ou qu'ils ont été faits en présence de trois témoins, *instrumenta quasi publice confecta* [17]. Un caractère quasi public est également attribué aux écritures commerciales des banquiers, *argentarii* [18], qui, sur la demande de toute partie intéressée, doivent être produites en justice et peuvent faire foi même vis-à-vis de personnes tierces [19]. Des écrits émanés de nous-mêmes, ainsi que des registres et des papiers domestiques, ne font point un titre pour nous [20]; cependant il se peut que de pareils écrits, comme tous autres quelconques, acquièrent quelque valeur par des circonstances qui suppléent à ce qui leur manque de force probante [21]. — L'expertise, moyen dont on se sert si fréquemment de nos jours pour établir des faits actuels, et surtout pour estimer la valeur des choses, était beaucoup moins usitée chez les anciens Romains. Cela tenait en grande partie à la séparation

[13] Fr. 25, § 4, D., *h. t.* 22, 3. Sin autem cautio... *indiscrete* loquitur, tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit pro quibus eandem conscripsit *rel.* » Cf. t. II, § 277.

[14] Et cette réalité et sincérité ne peuvent guère s'établir que par témoins. C'est à cause de cette nécessité éventuelle de la preuve testimoniale, que Justinien, *Nov.* 73, c. 3, dit qu'elle est *dignior fide quam scriptura ipsa. Voy.* ci-dessus, note 4.— Nous avons mentionné ci-dessus, § 34, note 16, le sénatusconsulte rendu sous Néron, qui prescrit des formalités matérielles (perforation des tablettes afin de les entourer de fil de lin sur lequel les parties et les témoins apposent leurs cachets), pour les préserver de toute altération, *ut exteriores scripturæ fidem interiori servent.* Aliter tabulæ *prolatæ nihil momenti habent.* Ces formalités, décrites par Paul V, 25, 6, ne sont plus exigées dans le droit de Justinien.

[15] Soit que les parties les fassent transcrire dans les registres publics (*insinuatio, transcriptio, translatio gestorum*), soit qu'elles les passent devant les autorités compétentes qui sont l'empereur, les gouverneurs des provinces, les magistrats municipaux, et pour certains actes les archivistes communaux, *tabularii.* Cf. ci-dessus, n°s 220. 224 *in fine;* § 34, note 17 et *Nov.* 15, pr. c. 3; 49, c. 2, § 2; 73, c. 7, § 3.

[16] *Voy.* ci-dessus, n° 224 et § 34, note 19.

[17] L. 6, C., *de re iudicata* 7, 52. – L. 11, C., *qui potiores in pignore habeantur* 8, 18, et ci-après, § 162 *in fine.* – *Nov.* 73. Cette constitution exige au chapitre VIII l'intervention d'un *tabularius* et de cinq témoins quand l'acte constate une obligation à charge d'une personne illettrée.

[18] Fr. 10, § 1, D., *de edendo* 2, 13. « .... quia officium eorum atque ministerium publicam habeat causam ». – Fr. 24, § 2, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. « ... fidem publicam secuti ».

[19] Cic., *pro Cæcina*, 6. – Aulu-Gelle, XIV, 2, 7. « mensæ rationibus ». – Fr. 6, § 3. Fr. 9, § 2. Fr. 10, D., *de edendo* 2, 13. – Fr. 27, § 1, D., *de furtis*, 47, 2. – Cf. ci-après, t. II, § 247.

[20] L. 5. 6. 7, C., *de probationibus* 4, 19.

[21] L. 5, C., *h. t.* « Instrumenta domestica, seu privata testatio seu annotatio, *si non aliis quoque adminiculis adiuventur*, ad probationem *sola* non sufficiunt. — Fr. 29, pr. D., *eodem.* – Fr. 26, § 2, D., *depositi* 16, 3. – *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 247.

du *ius* et du *iudicium*, qui permettait, dans la plupart des cas où des opérations de ce genre sont nécessaires, de réunir dans la même personne les fonctions de juge et d'expert [22]. Nous trouvons cependant, depuis les temps les plus reculés, une catégorie importante d'experts quasi officiels, les *agrimensores*, qui, dans divers cas, exerçaient même, à certains égards, les fonctions de juges [23]. Après la fusion du *ius* et du *iudicium*, les expertises ont dû devenir plus fréquentes; pourtant nos lois sont presque muettes sur la matière [24].

II. L'aveu de la partie à laquelle un fait est opposé dispense de toute autre preuve [25]. Dans l'ancienne procédure, l'aveu de l'*intentio* [26], fait devant le préteur *in iure*, rendait le *iudicium* inutile, puisque le juge n'avait d'autre mission que de constater la réalité de la prétention énoncée dans l'*intentio : In iure confessus pro iudicato habetur* [27]. L'aveu fait devant le *iudex* ne dispensait point du jugement, mais il déterminait naturellement la décision du juge. C'est cet effet que l'aveu judiciaire produit dans le droit nouveau [28]. — L'aveu est indivisible : il doit être pris ou

[22] *Voy.* ci-dessus, § 51, note 7, et ci-après, § 70, note 53.

[23] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 278. 286. — La Table de Malaga, c. 64. 65, nous a également fait connaître des experts d'immeubles, appelés *cognitores*. *Voy.* ci-dessus, § 24, notes 13. et 14.

[24] Dans le Fr. 7, § 4, D., *si mensor falsum modum dixerit* 11, 6, il est question d'un expert en comptabilité « tabularius... in computatione ». La *Nov.* 64 nous apprend que l'on prenait dans la corporation des jardiniers de Constantinople, *hortulani*, les experts pour les matières relatives à leur profession.

[25] Titt. D., *de confessis* 46, 2; C., *eodem* 7, 59.

[26] Quant aux faits en dehors de l'*intentio*, *voy.* ci-après, l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[27] *Voy.* ci-dessus, § 42, note 9; § 43, note 32; § 47, note 17. Ajoutez aux textes mentionnés au § 47 : L. un. Gr. C., *de confessis* 10, 2, et les passages cités à la note suivante. Par suite de la *confessio in iure*, les parties se trouvaient donc dans la même situation que si le droit, reconnu par l'aveu, avait été constaté par un jugement. Il s'ensuivait, entre autres, que dans le cas où la réclamation du demandeur avait pour objet une somme d'argent déterminée, l'aveu suffisait pour autoriser l'exécution contre le débiteur. Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 21, lin. 9. 14. 30.— Fr. 6, pr. § 1, D., *de confessis* 42, 2. Cf. Paul, V, 5 a, 4. – Fr. 31. 56, D., *de re iudicata* 42, 1.— L. 9, C., *de exsecutione sent.* 7, 53. – L. un. C., *de confessis* 7, 59. Il n'en pouvait être de même quand la réclamation n'avait pas pour objet une somme d'argent déterminée : dans des causes de ce genre, la reconnaissance du droit produisait le même effet que la *pronuntiatio* dans les *actiones in rem*, c'est-à-dire qu'elle formait chose jugée entre parties, mais que, pour arriver à l'exécution, il fallait encore un *arbitrium litis æstimandæ* que les Fr. 23, § 11. Fr. 25, § 1, D., *ad legem Aquil.* 9, 2, qualifient de *confessoria actio*. Pour éviter ces longueurs, nos sources recommandent au juge de chercher à obtenir, *ut certum confiteatur*. Fr. 25, § 1. 2, D., *ad leg. Aq.* 9, 2. – Fr. 6, § 2, D., *de confessis* 42, 2. Cf. ci-après, § 69, notes 10. 11; § 117, note 14; § 119, note 9, et t. II, § 271 *in fine*.

[28] Fr. 1. Fr. 6. pr. § 1. 2, D., *de confessis* 42, 2. – Fr. 31. 56, D., *de re iudicata* 42, 1. – Fr. 25, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. – L. 9. C., *de exsecutione sentent.* 7, 53. – L. 1, C., *de confessis* 7, 59.—*Voy.*, sur quelques particularités : L. 7. 8, C., *de iuris et facti ignorantia* 1, 18. – L. 13, C., *de non num. pec.* 4, 30.–L. 39, C., *de liberali causa* 7, 16. — Sur l'aveu fait au nom de la partie par son mandataire, *voy.* Fr. 6, § 3-6, D., *de confessis* 42, 2. – L. 1. 3, C., *de errore advocatorum* 2, 10.

rejeté en entier. Cette règle fondée dans la nature des choses est absolue[29] pour tout ce qui fait réellement partie de l'aveu, mais elle ne s'étend naturellement pas aux hors-d'œuvre qui ont pu y être ajoutés[30]. — Quant à l'aveu fait en dehors de l'instance et qu'on appelle extrajudiciaire, il implique évidemment preuve des faits auxquels il se rapporte, à moins que la partie contre laquelle l'aveu est invoqué, n'en détruise par de nouveaux faits la force probante[31]. Sous ce dernier rapport, il ne faut pas perdre de vue que la réalité de cet aveu ne peut être établie que par les moyens ordinaires de preuve, c'est-à-dire par titres ou par témoins, et que par conséquent on doit y appliquer les règles générales sur l'admissibilité de ces moyens.

III. A défaut de preuve régulière et d'aveu[32], il reste une dernière res-

[29] Elle n'est pourtant consacrée par aucune disposition formelle du droit romain, ce qui s'explique par l'observation présentée ci-dessus aux notes 1 et 2. Des textes qu'on a l'habitude d'invoquer, les Fr. 28, § 12, D., *de liberatione legata* 34, 3 et Fr. 39, § 1, D., *de operis libertorum* 38, 1, n'ont aucun rapport à la question. Les Fr. 26, § 2, D., *depositi* 16, 3 et L. 9, C., *de exceptionibus* 8, 36 pourraient paraître, à la première vue, établir des exceptions à la règle; mais *voy.* la note suivante.

[30] Mais à quoi reconnaîtra-t-on si, dans un cas donné, telle énonciation fait réellement partie de l'aveu? Cette question est d'une grande importance pratique quand la déclaration de la partie en aveu se compose de deux ou plusieurs dispositions, dont l'une, prise isolément, est conforme au fait allégué par la partie adverse, tandis que les autres modifient ce fait ou bien modifient, voire même détruisent, les conséquences juridiques attachées à ce fait. De grandes controverses se sont produites à ce sujet dans les temps modernes, et, pour les résoudre, on a eu recours à des distinctions plus ou moins arbitraires et oiseuses. En combinant l'analyse des divers éléments qui peuvent se rencontrer dans les actes juridiques avec les principes généraux en matière de preuve, nous arrivons à la conclusion bien simple « que nous devons considérer comme faisant partie de l'aveu tout ce qui se présente comme un élément constitutif ou bien comme une conséquence (juridiquement ou logiquement) naturelle du fait avoué, mais rien au delà. » L'espace nous manque pour développer cette règle et pour en montrer toute la portée; mais nous osons dire qu'elle trouve une consécration pratique dans les nombreuses décisions de nos cours et tribunaux, qui, presque toutes, peuvent être ramenées à notre thèse, bien que la plupart des arrêts publiés dans nos recueils soient plutôt inspirés par un sentiment instinctif de justice et d'équité, que fondés sur un raisonnement rigoureusement juridique. Nous nous bornons ici à rappeler que la jurisprudence admet comme indivisible la déclaration du défendeur quand il avoue la conclusion d'un contrat, mais en soutenant qu'elle a eu lieu sous condition; quand il avoue avoir reçu d'un défunt tels objets ou valeurs, mais à charge d'en faire tel emploi déterminé; quand il reconnait avoir été débiteur pour telle cause dont il n'y a d'autre preuve que son aveu, mais en ajoutant qu'il s'est libéré sans retirer quittance (Arg. Fr. 155, D., *de regulis iuris* 50, 17). Par contre, c'est aussi conformément à notre règle qu'on a scindé la déclaration du défendeur quand, tout en avouant la vente, il soutenait qu'il y avait terme accordé pour le payement du prix ou qu'on y avait ajouté un pacte résolutoire conditionnel (vulgairement dit : condition résolutoire); quand, poursuivi en reddition de comptes, il avouait le mandat, mais prétendait qu'un salaire avait été convenu; quand il avouait un prêt d'argent, mais prétendait être libéré au moyen de la compensation; quand le fait modificatif ou destructif du fait avoué était contraire à une présomption de droit ou même à une présomption de fait résultant d'un usage constant, etc.

[31] Arg. Fr. 40, D., *de pactis*, 2, 14. – Fr. 25, § 4 in f. D., *de probationibus* 22, 3. – L. 13, C., *de non numerata pecunia* 4, 30.

[32] Paul, II, 1, *de rebus creditis et de iureiurando*. – Tit. D., *de iureiurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali* 12, 1. – Tit. C., *de rebus creditis et de iureiurando* 4, 1. — Les

source : c'est de déférer à l'adversaire le serment sur la vérité des faits contestés [33]. Cette délation, qui peut se faire en justice ou extrajudiciairement [34], est considérée comme une offre de transaction par laquelle nous faisons dépendre le gain de notre cause de la conscience de l'adversaire [35]. Le serment déféré extrajudiciairement peut être refusé sans inconvénient ; mais quand il est déféré en justice, la partie qui le refuse est considérée comme étant en aveu, à moins qu'elle ne le réfère à l'autre partie, laquelle alors est obligée de l'accepter sous peine de succomber [36]. Si la partie à laquelle le serment est déféré accepte et fait le serment [37], le rapport juridique ou les faits sur lesquels il porte sont désormais censés établis d'une manière aussi certaine et irréfragable que par l'aveu de la partie adverse, — de là le nom : serment décisoire [38], — et chacune des parties peut s'en prévaloir comme s'ils avaient été consacrés par une

commentateurs appellent le serment employé comme moyen de preuve *iusiurandum assertorium* *, en opposition à celui qui sert à confirmer une convention, *iusiurandum promissorium* *.

[33] Fr. 35, pr. D., *h. t.* 12, 1. « omnibus probationibus aliis deficientibus... ». — Il faut prendre les mots « la vérité des faits contestés », dans le sens le plus étendu. Le serment pouvait, en effet, être déféré, non-seulement sur des faits proprement dits, mais aussi sur l'existence du droit qui est l'objet de l'*intentio : rem* ou *hereditatem meam esse; dari mihi oportere; te in potestate mea esse*, etc. Fr. 7, § 7, D., *de Publiciana actione* 6, 2. Fr. 3. 9. 11. 13, pr. § 1. Fr. 30, § 4. Fr. 34, pr. D., *h. t.* — L. 6, C., *eodem*.

[34] La forme du serment était abandonnée à la volonté des parties. L'invocation de la Divinité n'était point nécessaire : il suffisait que la rédaction fût obligatoire pour la conscience de celui qui faisait le serment (tel est le sens des mots « affirmatio RELIGIOSA » chez CIC., *de off.*, III, 29). Ainsi nous trouvons les formules : *per salutem tuam, per caput tuum vel filiorum, per patris cineres, per genium principis*, etc. SÉNÈQUE, *controversiæ*, III, præf. — Fr. 4 in f. Fr. 5, 13, § 6, D. *h. t.*

[35] Fr. 1, pr. D., *quarum rerum actio non datur* 44, 5. « Iusiurandum vicem rei iudicatæ obtinet : non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei iusiurandum. » — Fr. 2, D., *h. t.* « Iusiurandum speciem transactionis continet, *maioremque* habet *auctoritatem* quam res iudicata ». Cf. ci-après, t. II, § 298, note 19. — Fr. 26, § 2. Fr. 31 in f. Fr. 35, § 1, D., *eodem* — Fr. 21, D., *de dolo malo* 3, 3. — La délation du serment était assimilée à la *litis contestatio* et interrompait la prescription ; le serment fait équivalait au jugement. Aussi y avait-il, dans les deux hypothèses, des exceptions et des actions analogues aux *exceptiones rei in litem deductæ* ou *rei iudicatæ* et à l'*actio iudicati*. Fr. 28, § 2, D., *de iudiciis* 5, 1. — Fr. 7. 9, pr. § 3. Fr. 11, pr. § 3. Fr. 13, § 1. Fr. 26, § 2. Fr. 28, § 7. Fr. 35. 42, § 3, D., *h. t.* — L. 8, C., *eodem*. Cf. ci-après, notes 39 sq.

[36] A) Fr. 3, § 4. Fr. 17, pr. D., *h. t.* — B) Fr. 38, D., *h. t.* « Manifestæ turpitudinis et CONFESSIONIS est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. » — Fr. 34, § 6-9, D., *eodem*. — Fr. 25, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5. — L. 9. 12, § 1. 2, C., *h. t.*

[37] Tout ce que nous allons dire du serment déféré et fait, s'applique dans un sens inverse au refus du serment déféré ou référé en justice. Cette observation, qui découle nécessairement de la note précédente, est sous-entendue dans toute la suite de notre exposé.

[38] Après le serment déféré et fait, aucune partie n'est recevable à en prouver la fausseté. *Voy.* les passages cités ci-dessus, note 35 et Fr. 21. 22, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 31 in f. D., *h. t.* — Fr. 56, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 5, D., *de except.* 44, 1. — L. 1, C., *h. t.* *Voy.* cependant L. 13, C., *eodem* et ci-après, t. III, § 417. — Mais le faux serment est puni criminellement. Fr. 22. D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 13, § 6, D., *h. t.* L. 2, C., *eodem* 4, 1. — L. 13, C., *de testibus* 4, 20. — L. 41, C., *de transactionibus* 2, 4.

sentence ayant force de chose jugée [39]. Ces effets sont communs à tout serment déféré et fait entre parties, mais ils se manifestent sous des formes différentes selon qu'il s'agit d'un serment fait en justice ou d'un serment extrajudiciaire. Le premier, ayant la même valeur que l'aveu, amène toujours, dans l'instance même, une décision judiciaire donnant gain de cause à l'une ou à l'autre des parties [40]. Il n'en peut être ainsi du serment extrajudiciaire; mais la personne en faveur de laquelle pareil serment agit peut faire valoir les droits qui en découlent pour elle, soit par voie d'exception, soit par une *in factum actio*, sans que la partie adverse soit admise à discuter les affirmations ou les dénégations faites par le serment [41]. — Le juge qui ne se trouve pas suffisamment éclairé par les débats peut aussi faire compléter la preuve en déférant d'office le serment à l'une ou à l'autre des parties [42]. Ce serment supplétoire, imposé par le juge sans le concours de la volonté des parties, n'a aucun caractère transactionnel et ne saurait, par suite, produire les effets absolus du serment décisoire. Il n'est qu'un moyen de preuve d'une valeur discutable : aussi la partie à laquelle le juge le défère peut-elle le décliner, en offrant la preuve du fait sur lequel il porte, et la fausseté du serment fait peut être prouvée par les moyens ordinaires [43]. — Nous avons encore à mentionner que, dans certains cas, le demandeur est admis à fixer sous

[39] *Voy.* les textes cités ci-dessus, note 35 et § 11, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 5, § 2. Fr. 6. 7. 9, § 1. Fr. 28, § 10. Fr. 29. 30, pr. Fr. 40. Fr. 42, § 3, D., *h. t.* – Fr. 56, D., *de re iudicata* 42, 1. « Post rem iudicatam vel *iureiurando decisam*... » *Voy.* aussi les deux notes suivantes. — La seule acceptation du serment déféré produit le même effet, si la partie qui l'a déféré en fait remise. Fr. 6. 9, § 1, D., *h. t.*

[40] La nature de cette décision variait, comme dans l'aveu, suivant les circonstances. Ainsi, à la suite d'un serment fait ou refusé *in iure*, le préteur pouvait refuser l'action, *denegare actionem.* Quand la question sur laquelle portait le serment épuisait toute la contestation et que l'objet de la demande était *pecunia certa*, le serment fait rendait le *iudicium* inutile et amenait les mesures de contrainte autorisées par les circonstances « SOLVERE AUT IURARE COGAM ». Dans tout autre cas, le serment fait ou refusé constituait un *præiudicium*, comme la *pronuntiatio* dans les causes qui comportent cette espèce de sentence préalable. Fr. 3, pr. Fr. 7, pr. Fr. 9, pr. § 1. 2. 3. 7. Fr. 11, § 3. Fr. 30. pr. § 2. Fr. 34, § 6, D., *h. t.* – L. 8, C., *eodem* et *passim*. Cf. ci-dessus, notes 27-33. — En outre, le serment peut naturellement, comme la chose jugée, servir de base à toutes exceptions et actions découlant des droits qu'il avait pour but de constater. Cf. les passages mentionnes ci-dessus, notes 35. 39 et Fr. 5, § 2. Fr. 9. § 1. Fr. 29, D., *h. t.* – Fr. 7, § 7, D., *de Publiciana in rem actione.* 6, 2.

[41] § 11, I., *de actionibus* 4, 6. « Actionem per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit. » – Fr. 5, § 2, D., *h. t.* « in qua solum quæritur, an iuraverit. » Pour les détails, *voy.* la fin de la note précédente, et ci-après, t. II, § 230.

[42] Fr. 31, D., *h. t.* « ... Solent enim sæpe iudices in dubiis causis, *exacto* iureiurando, secundum eum iudicare, qui iuravit... » – L. 3, C., *eodem.* — Les commentateurs appellent ce serment *suppletorium**, quand il sert à compléter une preuve imparfaite, et *purgatorium**, quand il a pour but de paralyser une probabilité.

[43] A) QUINTILIEN, *inst. orat.* V, 6. — B) Fr. 31, D., *h. t.* « Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum *exactum* permitti... ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat..... »

serment le montant d'un dommage dont il poursuit la réparation : c'est ce que les Romains appellent *in litem iurare* [44].

IV. Il nous reste à parler des présomptions de droit, dont l'effet est de dispenser de la preuve la partie qui est dans les conditions voulues pour les faire valoir. Les présomptions sont des conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu [45]. Ces conséquences ne sont, à la vérité, que des conjectures qui peuvent n'être pas vraies ; mais la loi les suppose vraies jusqu'à ce que la fausseté en soit démontrée. Celui qui peut invoquer en sa faveur une présomption est donc dispensé de la preuve du fait sur lequel elle porte ; toutefois la force probante de la présomption sera anéantie si l'adversaire prouve que, dans l'espèce, le fait supposé vrai n'existe réellement pas : car la preuve du contraire est admise contre toute présomption, quelle qu'en soit la probabilité. Ainsi la loi présume que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Cette présomption dispense l'enfant de la charge de prouver sa légitimité ; mais les personnes qui ont intérêt à lui contester cette qualité sont admises à prouver qu'il n'a pas été engendré par le mari [46]. — Dans certains cas cependant, la loi veut qu'une présomption tienne lieu de la vérité, de sorte que la preuve du contraire n'est pas admise. Telle est, par exemple, la règle que l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage n'est point l'enfant du mari. Cette règle est uniquement fondée sur la présomption qu'un enfant ne peut naître plus de dix mois après sa conception ; mais cette présomption est considérée comme si puissante qu'elle ne saurait être paralysée d'aucune manière [47]. Il est évident qu'en agissant ainsi, le législateur a ôté aux conjectures de ce genre le caractère de présomption et les a érigées en règles positives de droit [48].

Observation. Dans le paragraphe qui précède, nous avons parlé de l'aveu considéré comme moyen de preuve. Il est évident que, pour servir à cet effet, l'aveu doit être volontaire : le défendeur n'est point tenu d'avouer, il n'a pas même besoin de répondre aux allégations de la partie adverse [49]. Ceci souffre cependant exception quand il s'agit de faits rela-

[44] *Voy.* ci-après, t. II, § 176.

[45] Nous n'avons à nous occuper que des présomptions établies par la *loi*, que les commentateurs appellent *præsumtiones iuris** en opposition aux conséquences que l'*homme* peut tirer d'un fait connu à un fait inconnu, *præsumtiones facti s. hominis**. Ces dernières sont de simples *indicia* qui cependant, suivant les circonstances, peuvent suffire pour entrainer la conviction du juge. Cf. les passages cités ci-dessus, note 2, et particulièrement L. 19, C., *de rei vind.* 3, 32. « Indicia certa, quæ iure non respuuntur, non minorem probationis, quam instrumenta, continent fidem.... »

[46] Ci-après, t. III, § 319, notes 2 sqq. *Voy.* aussi ci-dessus, § 10, notes 11. 12, et ci-après, § 168, nº 4 ; t. II, § 289 *in f.* ; § 295, notes 22 sqq. ; t. III, § 315, note 10 ; § 394, B, 1.

[47] Ci-après, t. III, § 319, note 6. — *Voy.* aussi t. II, § 248.

[48] Les commentateurs leur ont donné le nom barbare de *præsumtiones *iuris et de iure**, en opposition aux *præsumtiones iuris tantum**, à l'égard desquelles la preuve contraire est admise.

[49] *Voy.* ci-dessus, § 67, notes 3 et 4.

tifs à la personne du défendeur et dont la constatation est nécessaire pour que le procès puisse être dirigé contre lui. Supposons que j'aie à poursuivre le payement d'une somme d'argent dont le débiteur est décédé. Titius passe pour être son héritier, mais je n'en ai aucune preuve, et, dans tous les cas, j'ignore pour quelle part il peut être héritier[50]. En pareil cas, le demandeur avait le droit de poser au défendeur, avant de procéder à la *litis contestatio,* des questions propres à constater sa qualité, *interrogationes in iure;* et l'action intentée à la suite de ces interrogations, qui étaient mentionnées dans la formule, s'appelait dès lors *interrogatoria actio*[51]. Il dépendait naturellement du magistrat de permettre ou de ne pas permettre que le demandeur posât de ces questions préjudicielles [52]; mais elles étaient de droit d'abord toutes les fois qu'il importait de constater la qualité d'héritier du défendeur, ensuite dans les actions *in rem* et dans les contestations résultant des rapports de voisinage à l'effet de savoir si et à quel titre le défendeur possède, dans l'action *de peculio*, enfin dans l'*actio legis Aquiliæ* et dans les actions noxales [53]. Les réponses faites par le défendeur guidaient le demandeur dans la conception de sa demande. Ce qu'elles contenaient de favorable lui était désormais acquis contre le défendeur [54]. Si ce dernier refusait de répondre ou donnait de mauvaise foi une réponse contraire à la vérité, on admettait comme vraie contre lui la supposition la plus défavorable [55]. Ces questions préjudicielles devaient, dans l'ancien droit, naturellement précéder la *litis contestatio*, puisque la rédaction de la formule dépendait des réponses à faire par le

[50] Fr. 1, pr. Fr. 2. 3. 4, pr. D., *de interrogationibus in iure* 11, 1.

[51] Tit. D., *de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus* 11, 1.

[52] Fr. 9, § 1. 6. 7. Fr. 10. 11. 20, § 2. Fr. 21, D., *de interrogationibus in iure* 11, 1.

[53] *A*) Fr. 1, pr. D., *eodem.* « Totiens heres interrogandus est, *qua ex parte heres sit,* quotiens adversus eum actio instituitur et dubitat actor qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. Est autem interrogatio necessaria, cum in personam sit actio. » – Fr. 2. 3, D., *eodem.* « Plerumque difficilis probatio hereditatis est ». – Fr. 4. 5. 6. 9, § 6. 7, D., *eodem.* — *B*) *In rem actiones,* spécialement la revendication et la pétition d'hérédité. Fr. 9, § 6. Fr. 20, § 1, D., *h. t.* – Fr. 12. 13, pr. D., *de heredit. petitione* 5, 3. – L. 1t. C., *eodem* 3, 31. — Fr. 36, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. Fr. 80, D., *eodem,* et ci-après, § 118, C., et t. III, § 408. — *C*) *Cautio damni infecti.* Fr. 10. 20, § 2, D., *h. t.* Cf. Fr. 27. 40, § 3, D., *de damno infecto* 39, 2 et, et ci-après, t. II, § 283. — *D*) *Actio de peculio.* Fr. 9, § 8, D., *h. t.* Cf. § 4, I., *quod cum eo, qui in aliena potestate est, gestum esse dicitur* 4, 7, et ci-après, t. II, § 225.—*E*) *Actio legis Aquiliæ* et *actiones noxales.* Fr. 5. 7. 8, D., *h. t.* « VII ..... Interrogatus, an quadrupes quæ pauperiem fecit eius sit,... VIII..... Respondit suum esse servum ». – Fr. 16, pr. D., *eodem,* et ci-après, t. II, §§ 271. 282.

[54] Fr. 4, pr. Fr. 6, § 1. Fr. 9, § 3. Fr. 11, § 1. 2. 9. Fr. 12, pr. Fr. 22, D., *de interrogat. in iure* 11, 1. — *Voy.*, pour les détails, dans la revendication et dans la pétition d'hérédité, ci-après, § 118, C, *a* et t. III, § 408.

[55] Fr. 11, § 1-4, D., *eodem.* « 1. Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit, ex parte heredem esse : sic convenitur, atque si ex ea parte heres esset. » 2. « Qui ex quadrante heres, vel omnino, cum heres non esset, responderet se heredem ex asse, in assem instituta actione convenietur. » 3. « Si cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante : *mendacii* hanc pœnam feret, quod in solidum convenitur. Non enim debuit mentiri... » 4. « Qui tacuit apud

défendeur; elles constituaient donc une procédure séparée précédant les débats du fond. Dans le droit nouveau, où toutes les questions contentieuses se discutent devant le même juge, cette séparation n'existe plus [55].

V. — Actes du juge.

DU JUGEMENT †.

§ 69.

Nous avons exposé ailleurs comment les jugements se rendaient et quels étaient les moyens que les parties pouvaient employer quand elles se croyaient lésées par la sentence du juge. Nous n'avons à nous occuper ici que des effets du jugement décisoire contre lequel il n'y a plus aucun recours légal et qui est appelé chose jugée, *res iudicata*, pour le distinguer de *sententia*, jugement en général [1].

Ce qui est dit par un jugement régulier, ayant force de chose jugée [2], fait désormais invariablement droit entre les parties, *ius facit iudex* [3], de manière que même la preuve de l'injustice du jugement ne saurait pro-

prætorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negavit se heredem esse : nam qui omnino non respondit, contumax est... » – Fr. 1, § 9. Fr. 17. 19, D., *eodem*. – Fr. 22, § 4, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. – Cf. Fr. 39, pr. D., *de procuratoribus* 3, 3. — *Voy.*, pour les détails, dans la revendication et dans la pétition d'hérédité, ci-après, § 118, C., *a*, et t. III, § 408.

[55] Fr. 1, § 1, D., *de interrog. in iure* 11, 1. « Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur... »

† Paul, V, 5a, *de effectu sententiarum et finibus litium*. – Titt. D., *de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus* 42, 1; *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2. – Titt. C., 7, 50-56. 60.

[1] Fr. 1, D., *de re iudicata* 42, 1. « Res iudicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit. » Quelquefois cependant le mot *res iudicata* comprend aussi les jugements susceptibles d'appel. Fr. 7, pr. D., *de transactionibus* 2, 15.

[2] Un jugement prononcé sans l'observation des formalités requises, ou nul pour d'autres causes, ne constitue pas une *chose jugée*, et la partie intéressée peut en contester la validité par tous moyens de droit. Fr. 32, D., *de re iudicata* 42, 1. – Fr. 19, D., *de appellat.* 49, 1. – Tit. D., *quæ sententiæ sine appellatione rescindantur* 49, 8. – L. 46, C., *de sententiis* 7, 45. – L. 1, C., *sententiam rescindi non posse* 7, 50. – Tit. C., *quando provocare non est necesse* 7, 64. — Il en est de même d'une erreur de calcul que le juge aurait commise dans un jugement d'ailleurs régulier et définitif : *error calculi non facit ius* *. Paul, V, 5a 11. – Fr. 1, § 1, D., *quæ sententiæ sine appell.* 49, 8. Cf. Tit. C. *de errore calculi* 2, 5.

[3] Les termes se trouvent : Fr. 11, D., *de iustitia et iure* 1, 1. – Fr. 17, § 1, D., *de inoff. test.* 5, 2. – Fr. 14, pr. D., *de appellat.* 49, 1. — Le principe est exprimé dans un grand nombre de passages : Fr. 3, § 11, D., *de peculio* 15, 1. « Nam sicuti stipulatione contrahitur... ita iudicio contrahi : proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem ». – Fr. 9, in f. D., *eodem*. – Fr. 35, D., *de noxal. act.* 9, 4. – Fr. 16, § 6, D., *de pignor.* 20, 1. – Fr. 4, § 6, 7, D., *de re iudic.* 42, 1. – Fr. 29, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 8, § 3, D., *de novat.* 46, 2.

fiter à la partie succombante : *res iudicata pro veritate accipitur* [4]. L'application de cet axiome de droit, qui est né d'une nécessité sociale, mais, qui, par suite de l'imperfection humaine, n'est que trop souvent une fiction, donne lieu à des difficultés nombreuses qui font de cette matière la partie la plus épineuse et la plus embarrassante du droit privé. Le cadre de notre cours ne nous permet pas d'aborder ces difficultés, qui ne sauraient être traitées qu'à l'aide d'une analyse approfondie des divers cas qui peuvent se présenter. Force nous est de nous borner ici à la simple indication des principes généraux.

Rappelons d'abord que le contenu du jugement est toujours déterminé par la *litis contestatio* et que, par suite, son effet remonte au jour de cet acte de la procédure. Le jugement éteint définitivement et remplace le rapport obligatoire, à l'égard duquel la *litis contestatio* avait déjà, autant que possible, opéré novation [5]. L'effet du jugement peut donc également être considéré à deux points de vue, d'abord comme ayant définitivement terminé le litige, ensuite comme créant en faveur du gagnant un droit de créance dont il peut exiger l'exécution. Ce dernier effet, on le comprend, n'existe de fait qu'à l'égard du demandeur et dans le cas seulement où le jugement porte condamnation; le premier, au contraire, est commun à tous les jugements et peut agir en faveur des deux parties.

Traitons d'abord du droit que le jugement portant condamnation donne au demandeur gagnant. Ce droit, comme nous l'avons vu, constitue en sa faveur une créance dont il peut exiger l'exécution sans que l'adversaire soit recevable à contester de nouveau le fondement de l'action que la sentence a terminée. Dans l'ancien droit, si le débiteur n'exécutait pas dans les trente jours, le demandeur pouvait requérir qu'il lui fût adjugé au moyen de la *legis actio per manus iniectionem,* dans laquelle le *iudicatus* n'était admis à se défendre que s'il fournissait un *vindex* solvable. S'il n'en fournissait point, ou si ses moyens de défense se trouvaient n'être pas fondés, il était adjugé au demandeur, toutefois avec la faculté de se libérer dans les soixante jours. Ce délai expiré, il appartenait définitivement au créancier, qui pouvait disposer de sa personne [6]. Pour le cas où le débiteur rendait la *manus iniectio* impossible en se tenant caché ou absent, le préteur trouva, dans les derniers temps de la république, un moyen efficace, en donnant aux créanciers la possession des biens du

[4] Fr. 207, D., *de regulis iuris* 50, 17. – Fr. 25, D., *de statu hom.* 1, 5. – Fr. 36, D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 29, § 5, D., *mandati* 17, 1. – Fr. 12, § 3, D., *de bonis libertorum* 38, 2. – Fr. 1, § 4, D., *de liberis exhibendis* 43, 20. – Tit. C., *sententiam rescindi non posse* 7, 50. — *Voy.* encore ci-après, t. II, § 298.

[5] Gaius, III, 180. « ... Ante litem contestatam DARE debitorem oportere, post litem contestatam CONDEMNARI oportere, post condemnationem IUDICATUM FACERE oportere. » — Le même, III, 181. IV, 106-108. – Fr. 1, D., *de re iudicata* 42, 1. – Fr. 6, D., *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 43, n° 4, et ci-après, t. II, § 299.

condamné, afin de les faire vendre et de se faire payer sur le prix provenant de la vente [7]. Sous les empereurs, on créa un moyen d'exécution plus simple en généralisant la procédure de la *pignoris capio* qui, dans le système des *legis actiones*, n'avait eu lieu que dans certains cas déterminés. Le créancier pouvait ainsi saisir et vendre des objets appartenant au débiteur sans qu'il fût besoin d'avoir recours à la mesure extrême de l'envoi en possession du patrimoine [8]. Ces trois modes (contrainte par corps, envoi en possession des biens, *pignoris capio* ou saisie de gages) se trouvent encore dans la législation de Justinien; mais la saisie y apparaît comme la voie ordinaire à employer contre le débiteur dont l'insolvabilité n'est pas constante [9]. Le débiteur jouissait, au reste, pour s'acquitter, d'un délai que Justinien fixa à quatre mois pour les condamnations pécuniaires [10]. Quand le jugement ordonnait soit l'envoi en possession, soit la restitution d'une chose qui appartenait en propre au demandeur vainqueur, celui-ci pouvait, au moins dans le droit nouveau, requérir la force publique à l'effet de se mettre en possession de la chose, *manu militari* [11]. — Quand le défendeur s'opposait à l'exécution du jugement, le demandeur devait recourir à l'*actio iudicati* pour faire cesser l'opposition [12]. Il va sans dire que, dans cette procédure, la contestation terminée par le jugement ne pouvait plus être agitée. Le défendeur n'avait que deux moyens de défense : d'abord de contester l'existence ou la validité du jugement [13], ensuite de soutenir que l'obligation créée par le jugement avait été éteinte par des faits postérieurs [14]. Pour prévenir

[7] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 299. 300.

[8] *Voy.* ci-après, § 157.

[9] Contrainte par corps. L. 1. 8, C., *qui bonis cedere possunt* 7, 71; Nov. 135, c. 1, et ci-après, t. II, § 299. — Envoi en possession des biens du débiteur. *Voy.* ci-après, § 70, et t. II, §§ 299. 300. — Saisie de gages, ci-après, § 157.

[10] La loi des Douze Tables avait accordé au *iudicatus* ou *confessus* trente jours pour l'exécution du jugement et, de plus, soixante jours pour se libérer de la captivité résultant de l'*addictio*. Le délai de soixante jours forme, plus tard, la règle, sauf au juge de l'abréger ou de le prolonger selon les circonstances. Fr. 2. 31, D., *de re iudicata* 42, 1. Enfin Justinien le porta à quatre mois pour toute condamnation pécuniaire. L. 2. 3, C., *de usuris rei iudicatæ* 7, 54. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 182.

[11] *Manus militaris*, c'est-à-dire la force publique, mais non pas la force armée (ci-dessus, nº 154 *in fine*). Fr. 68, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 3, pr. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* 43, 4. – L. 17, C., *de fideic. libertatibus* 7, 4. – Cf. ci-après, § 119 et t. II, § 175.

[12] Fr. 4, § 3. Fr. 5. 6, § 3. Fr. 43, D., *de re iudicata* 42, 1. – Cf. Fr. 28, § 8, D., *de iureiurando* 12, 2.

[13] Fr. 1-4, D., *quæ sententiæ sine appellatione rescindantur* 49, 8. – Fr. 74, § 2. Fr. 75, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 9. 45, § 2. Fr. 59, § 3, D., *de re iudicata* 42, 1. – Fr. 19. 23, § 1, D., *de appellat.* 49, 1. – L. 6, C., *de iudiciis* 3, 1. – L. 4, C., *quomodo et quando*. 7, 43. – L. 1, C., *de sententiis et interlocut.* 7, 45. – L. 1, C., *sententiam rescindi non posse* 7, 50. – L. 1. 2. 4. 7, C., *quando provocare non est necesse* 7, 64. — Cf. Fr. 11, D., *de transactionibus* 2, 15. – Fr 4, § 6, D., *de re iudicata* 42, 1.

[14] Par exemple, par le payement effectué, par remise de l'*obligatio iudicati*, par transac-

toute chicane de sa part, l'ancien droit ne l'admettait à présenter sa défense qu'après qu'il avait fourni caution pour assurer l'exécution de la sentence à intervenir, *cautio iudicatum solvi* [15], et le menaçait de la condamnation au double, pour le cas où il nierait faussement l'existence de la chose jugée : de là *in duplum revocare* [16].

Il nous reste à parler de l'effet que nous avons signalé ci-dessus comme étant commun à tous les jugements et pouvant agir en faveur des deux parties. La chose jugée termine définitivement la contestation agitée dans le procès : ce qu'elle déclare est désormais une vérité constante et peut être invoqué par les intéressés comme un droit acquis et incontestable. Le plus souvent elle protége ainsi contre une poursuite dont le but est contraire aux droits établis par le jugement [17], et c'est par ce motif que le principal titre du Digeste qui traite de cette matière porte l'inscription *De exceptione rei iudicatæ* [18] ; mais la chose jugée peut également servir de base à une action ou fournir une réplique en faveur du demandeur [19].

Pour que l'on puisse faire valoir, comme nous venons de le dire, l'autorité de la chose jugée, il faut naturellement que le nouveau procès dans lequel elle doit servir porte sur le même rapport juridique, qui a été définitivement jugé par la sentence invoquée. La question de savoir si cette identité existe ou n'existe pas est une question de fait dont la solution dépend des circonstances. Les Romains ont cherché à la résoudre par des règles générales basées sur une analyse que nous allons soumettre à un examen rapide. D'après eux, l'identité nécessaire existe toutes les fois que la même contestation, *eadem quæstio* ou *res*, s'élève de nouveau entre les mêmes parties, *inter easdem personas* [20].

1° *Eadem quæstio*. Ce terme n'étant guère plus précis que celui qu'il

tion. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 289. 295. 296. Le défendeur pouvait aussi opposer une exception dilatoire, fondée sur ce que le délai accordé pour l'exécution n'était pas encore expiré. Fr. 7. D., *de re iudicata* 42, 1.

[15] Cette *cautio iudicatum solvi* remplaçait le *vindex* de la *manus iniectio*. Gaius, IV, 25. 102. Elle a disparu dans le droit nouveau. § 2, I., *de satisdationibus* 4, 11.

[16] La *revocatio in duplum* avait lieu, non-seulement en termes de défense pour empêcher l'exécution d'un jugement, mais aussi agressivement (pendant dix ou vingt ans) pour répéter ce qui avait été payé en exécution du jugement. Cf. ci-après, t. II, § 277. *Voy.*, en général, sur la *revocatio in duplum*, Cic., *pro Flacco*, 21.—Paul, V, 5a, 7. 8.—Gaius, IV, 171. — L. 1, Gr. C., *quibus res iudicata noceat* 10, 1.

[17] Aussi dans le droit antéjustinien, l'*exceptio rei iudicatæ* figure ordinairement à côté de l'*exceptio rei in litem deductæ*, qu'elle remplace comme le jugement remplace l'obligation de la *litis contestatio*. *Voy.* Gaius, IV, 180. 181. IV, 106-108, et ci-dessus, § 54.

[18] Tit. D., *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2.

[19] Fr. 9, § 1. Fr. 24, D., *de exc. rei iudicatæ* 44, 2.

[20] Fr. 7, § 4, D., *de exc. rei iud.* 44, 2. « Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatæ obstat, quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, *vel alio genere iudicii*. Et ideo, si, hereditate petita, singulas res petat, vel singulis rebus petitis, hereditatem petat, exceptione summovebitur. » — Fr. 3, D., *eodem*.

devait servir à définir, on a cherché à y remédier en le soumettant à une nouvelle analyse donnant comme éléments constitutifs les notions *idem corpus, eadem quantitas, idem ius, eadem causa petendi* [21]. Rien n'est plus facile que de se convaincre du vice que renferme cette analyse et du peu d'utilité qu'elle présente. Il est d'abord évident que les deux premiers éléments n'ont aucun caractère essentiel : l'objet et la quantité réclamés sont, dans bien des cas et notamment dans toutes les *actiones in personam,* des éléments purement accidentels du rapport juridique que l'on poursuit en justice. Il peut se faire que ce rapport soit le même dans deux espèces données, malgré la diversité des quantités et objets demandés [22], comme, d'un autre côté, des rapports essentiellement distincts peuvent avoir pour objet des choses et quantités identiques [23]. Le troisième élément, *idem ius,* est, à la vérité, essentiel, mais il absorbe à lui seul toute la notion à définir ; il ne constitue dès lors plus qu'une tautologie oiseuse. Enfin, quant à la *causa petendi,* le terme est tellement vague, que déjà le jurisconsulte Neratius avait cherché à le préciser en ajoutant une épithète, *proxima causa petendi* [24] ; ce qui, à vrai dire, servait plutôt à augmenter la difficulté qu'à la diminuer. D'ailleurs, la *causa petendi* est, au fond, également comprise dans le *ius,* ce qui ressort bien clairement d'une argumentation de Paul, dans laquelle ce jurisconsulte développe une différence toute naturelle entre les *actiones in rem* et les *actiones in personam*, différence qui ne peut constituer une particularité que pour ceux qui admettent la considération de l'objet réclamé comme un élément essentiel de l'identité du rapport juridique. Voici cette argumentaton [25]. Les *actiones in personam* sont fondées sur un droit d'obligation. Or, il est évident qu'entre deux personnes déterminées, des causes différentes peuvent faire naître plusieurs obligations différentes, quand même les prestations à faire par le débiteur seraient identiques dans toutes ces obligations. En d'autres termes, le même objet peut m'être dû plusieurs

[21] Fr. 3. 6. 7, pr. § 1. 2. 3. 4. Fr. 8. 14, pr. Fr. 21, § 1. Fr. 26. 30. D., *eodem.*

[22] Exemple : une obligation alternative dans laquelle le choix appartient au créancier. Toute action résultant d'un droit d'obligation peut, d'ailleurs, selon les circonstances, avoir pour but soit la prestation même qui fait l'objet de l'obligation, soit des dommages et intérêts dus pour cause d'inexécution, soit enfin une prestation quelconque comprise dans la prestation générale, par exemple, la garantie des défauts dans le contrat de vente. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 170. 171. 175. 213 et *passim.* Cf. Fr. 25, § 1, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2.

[23] *Voy.* ci-après, notes 25 et suivantes.

[24] Fr. 27, D., *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2.

[25] Fr. 14, § 2, D., *eodem.* « Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur : at, cum in rem ago, non expressa causa (c'est-à-dire : *sans indiquer la cause*) ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur : nec enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. » *Voy.* ci-après, note 30. — Fr. 11, § 5, D., *eodem.*

fois par la même personne : je puis avoir le droit d'exiger de Pierre telle maison, d'abord en vertu d'un contrat de vente, ensuite en vertu d'un legs fait en ma faveur. Mais chacune de ces causes constitue une obligation différente : si je succombe dans mon action résultant du contrat, je n'en serai pas moins recevable à demander la maison en exécution du legs [26]. Dans les *actiones in rem,* au contraire, il s'agit de la reconnaissance d'un droit dont l'identité est toujours déterminée par l'identité de l'objet. Ainsi la même chose ne peut m'appartenir à plus d'un titre : dès que j'en suis propriétaire, je ne puis plus le devenir d'une autre manière [27]. En conséquence, si un jugement déclare que la chose m'appartient, je suis dès ce moment censé être propriétaire, et celui contre lequel j'ai obtenu le jugement ne pourra plus revendiquer la chose en soutenant qu'il est propriétaire pour une autre cause que celle sur laquelle il s'était fondé dans le premier procès. Par contre, si un premier jugement a décidé que je ne suis pas propriétaire, je ne pourrai plus agiter de nouveau cette question [28]. Le même raisonnement s'applique aux autres droits réels, aux droits personnels et au droit d'hérédité [29]. Ces conséquences découlent nécessairement de la nature de ces droits ; cependant le demandeur peut prévenir le préjudice qui en résulterait pour lui dans un cas donné, s'il a soin de déclarer expressément, dans sa première demande, qu'il entend se fonder sur telle cause déterminée [30]. Au moyen de cette declaration [31], il se réserve le droit de pouvoir réclamer l'objet pour une

[26] Fr. 18, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 93, § 1, D., *de legatis III* (32). – Fr. 28, § 13, D., *de liberatione legata* 34, 3. – Fr. 13, pr. D., *de institoria actione* 14, 3. – Cf. Gaius, IV, 55.

[27] Fr. 14, § 2, in f. D., *de exc. rei iud.* 44. 2, transcrit ci-dessus, note 25. – Fr. 159, D., *de regulis iuris* 50, 17. Cf. Fr. 3, § 4, D., *de adq. poss.* 41. 2.

[28] Fr. 11, § 1, D., *de exc. rei iud.* 44, 2. « Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. » – Fr. 11, § 3, D., *eodem.* – Fr. 14, § 2, D.. *eodem. Voy.* ci-dessus, note 25.

[29] Fr. 30, pr. D., *de exc. rei indicatæ* 44, 2. Dans le Fr. 11, pr. D., *eodem,* il faut bien entendre d'une restitution en entier les mots : *ex causa succurrendum,* qui se trouvent dans la dernière phrase du texte. De Savigny, *Système,* t. VI, § 300, notes *h-m.*

[30] Ce tempérament a été contesté par des auteurs éminents et particulièrement par Puchta, *Institutionen,* t. II, § 173, qui entend le Fr. 11, § 2, D., *de exc. rei indicatæ,* dont il sera parlé ci-après, de l'hypothèse où une autre cause d'acquisition est survenue, *adiecta,* après le premier jugement (*voy.* la note 33) et traduit ensuite, dans le Fr. 14, § 2, D., *eodem,* transcrit à la note 25, les mots : « at, cum in rem ago, non expressa causa, etc. » de la manière suivante : « mais dans les revendications, comme on n'y indique point expressément la cause d'acquisition sur laquelle on fonde son droit de propriété, toutes les causes d'acquisition sont *ipso facto* soumises à l'appréciation du juge. » Il n'est pas à méconnaître que cette manière de voir paraît plus rigoureusement conforme aux principes et au raisonnement de Paul et que, de plus, elle n'a rien d'incompatible avec les deux textes qui se rapportent à la question, les Fr. 11, § 2 et Fr. 14, § 2, D., *cités.* Mais comme le tempérament dont il s'agit est motivé par une sérieuse considération d'équité et qu'il se concilie avec les formes de la procédure romaine (*voy.* la note suivante), nous sommes revenu à l'opinion vulgaire, qui admet le tempérament.

[31] Déclaration qui pouvait se faire soit au moyen d'une *præscriptio :* Ea res agatur de fundo

autre cause, s'il succombe dans son premier procès [52]. Dans tous les cas, il va sans dire que l'exception de la chose jugée ne peut être opposée lorsque le fait sur lequel le demandeur fonde son droit dans la seconde procédure est survenu après le premier jugement [53]. — En résumé, dans les actions personnelles, c'est la cause de l'obligation, le fait qui l'a créée, qui constitue l'identité de la question, tandis que dans les *actiones in rem*, c'est le droit même et non pas le fait sur lequel on le fonde, sauf le cas où dès l'abord on a déclaré qu'on ne soumet au juge que telle cause déterminée.

2° *Inter easdem personas.* Si l'axiome qui attribue au jugement la force de faire droit était une vérité absolue, la question des personnes se confondrait avec celle de l'identité du *ius.* La chose jugée qui statue sur un droit absolu et existant vis-à-vis de tous (droits personnels, droits réels et droits d'hérédité) devrait avoir son autorité à l'égard de tous; celle relative à un droit qui n'existe qu'à l'égard de certaines personnes déterminées (droits d'obligation) ne saurait agir qu'à l'égard de ces personnes. Cette conclusion s'applique rigoureusement aux sentences qui émanent de la souveraineté sociale, véritable source du *ius :* les jugements criminels font droit à l'égard de tous. Mais le bon sens ne saurait l'admettre dans les procès civils, dont l'initiative appartient aux particuliers et dans lesquels, malgré l'intervention de l'autorité publique, rien ne garantit que la question litigieuse soit débattue de manière à donner satisfaction à tous les intérêts. Déclarer obligatoire pour tous une sentence obtenue sur l'initiative de deux particuliers, ce serait imposer à l'universalité des citoyens un droit à la confection duquel ils n'ont point concouru et léser éventuellement des intérêts qui n'ont pu se défendre [54]. En présence de

MANCIPATO, ou bien DE EADEM RE ALIO MODO, soit plutôt dans l'*intentio :* SI PARET FUNDUM A[i] A[i] ESSE EX CAUSA MANCIPATIONIS. Cf. CIC., *ad familiares,* XIII, 27; *de finibus,* V, 29, et Fr. 7, § 2, D., *de heredit. pet.* 5, 3. « Quotiens quis... se non ex testamento liberum dicit, sed alias vel a vivo testatore manumissum. »

[52] Fr. 11, § 1. 2, D., *de exc. rei iud.* 44, 2. « Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. 2. Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, *causa adiecta,* non debet summoveri exceptione. — Arg. Fr. 14, § 2, D., *eodem,* suivant l'interprétation que nous en avons donnée ci-dessus, note 25.

[53] Fr. 11, § 4. 5. Fr. 14, § 1. Fr. 21, § 3. Fr. 25, pr. D., *de exceptione rei iud.* 44, 2. – Fr. 25, § 1. Fr. 42, D., *de liberali causa* 40, 12. Cf. Fr. 9, pr. Fr. 17. 18, D., *de exc. rei iud.* 44, 2; Fr. 8, pr. D., *ratam rem haberi* 46, 8, et les décisions analogues en matière d'obligations qui se trouvent aux Fr. 13, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1; Fr. 43, § 9, D., *de Ædil. act.* 21, 1; Fr. 2, D., *de exc. rei iud.* 44, 2; Fr. 15, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Aux textes cités, PUCHTA ajoute le Fr. 11, § 2, D., *de exc. rei iud.* 44, 2, en traduisant les mots *adiecta causa* par : « une autre cause d'acquisition étant survenue (après le premier jugement). » Mais *voy.* ci-dessus, les notes 25. 30.

[54] Fr. 1, pr. D., *de requirendis vel absentibus damnandis* 48, 17. « ... Ne absentes damnentur... » Cf. L. 3, C., *quibus res iudicata non nocet* 7, 56.

ce danger, augmenté par la faillibilité du juge, à qui sa mission sociale n'enlève pas la qualité d'homme, il a paru prudent de renoncer à l'application conséquente de l'axiome et de restreindre l'autorité du jugement aux seules parties entre lesquelles il a statué, sauf à revenir au principe quand la nécessité ou une grande utilité publique semblait l'exiger. — En règle générale, la chose jugée ne peut donc être invoquée que lorsque la même question se présente entre les mêmes personnes, *inter easdem personas* [35]. Il va sans dire qu'en se servant de ces termes, on entend parler non pas de l'identité physique, mais de l'identité au point de vue du rapport juridique en question, ce que le législateur français indique en disant « les mêmes personnes agissant en la même qualité [36]. » Ainsi, la chose jugée agit pour et contre ceux qui, sans avoir été personnellement parties au premier procès, y étaient représentés par un mandataire à l'égard duquel, par contre, le jugement est sans effet [37]. Il va sans dire que les successeurs *per universitatem* sont considérés comme ne faisant qu'une personne avec leur auteur [38]; même les successeurs *in singulas res* doivent subir l'exception de la chose jugée à l'égard de leurs auteurs, comme ils peuvent s'en prévaloir [39] : mais naturellement l'exception ne passe aux uns et aux autres qu'en tant qu'ils ont succédé [40]. La règle que la chose jugée ne peut avoir d'effet à l'égard des tiers est soumise à plusieurs exceptions, motivées par les considérations que nous avons indiquées ci-dessus : *a*. Le jugement prononcé dans une action populaire fait droit à l'égard de tout le monde [41]. *b*. Il en est de même de

[35] Fr. 12, D., *de iureiurando* 12, 2. – Fr. 16, D., *qui potiores in pignore.* 20, 4. – Fr. 63, D., *de re iudicata* 42, 1. – Fr. 10, D., *de except.* 44, 1. – Fr. 1. 3. 7, § 4. Fr. 22. 29. 63 D., *de exc. rei iud.* 44, 2. – Tit. Gr. C., *quibus res iudicata noceat* 10, 1. – Tit. I. C., *quibus res iudicata non nocet* 7, 56. « II. Res inter alios iudicatæ neque emolumentum afferre his qui iudicio non interfuerunt, neque præiudicium solent irrogare. » IV. « Nec in simili negotio res inter alios acta absenti præiudicare, sæpe constitutum est. » – Tit. C., *inter alios acta vel iudicata aliis non nocere* 7, 60. – L. 2, C., *de exceptionibus* 8, 36.

[36] Fr. 16, D., *qui potiores in pign.* 20, 4. – Fr. 10, D., *de except.* 44, 1. *Voy.* aussi ci-dessus, § 9, note 3.

[37] Fr. 27. 61. 66, D., *de procurat.* 3, 3. – Fr. 56, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 11, § 7, D., *de except. rei iud.* 44, 2. – L. 1, C., *quibus res iudicata non nocet* 7, 56. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 187, OBS. — Pour le *procurator in rem suam, voy.* ci-après, note 39 et t. II, § 189.

[38] Fr. 10, D., *de exceptionibus* 44, 1. – Fr. 11, § 8, D., *de except. rei iud.* 44, 2. – L. 2, C., *de exceptionibus* 8, 36. Cf. ci-après, note 40 et t. III, § 402, n[os] 1. 2.

[39] Fr. 25, § 8, D., *fam. erc.* 10, 2. – Fr. 3, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 7, § 1, D., *de exceptionibus* 44, 1. – Fr. 9, § 2. Fr. 11, § 3. 9. 10. Fr. 28. 29, § 1, D., *de except. rei iud.* 44, 2. – Fr. 16, § 1, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[40] Faisons observer, d'une part, que le jugement obtenu contre l'auteur ne peut, en thèse générale, être opposé à l'héritier qui fonde sa demande sur une cause étrangère à l'auteur, et, d'autre part, que le jugement obtenu contre le successeur n'agit ni contre l'auteur ni contre ses héritiers agissant en cette qualité. Fr. 42, D., *de liberali causa* 40, 12. – Fr. 9, § 2. Fr. 10, D., *de exc. rei iud.* 44. 2.

[41] Fr. 45, § 1, D., *de procurat.* 3, 3. – Fr. 3, pr. D., *de popular. actionibus* 47, 23. – Fr 30,

la chose jugée dans les questions d'état, pourvu que la première contestation ait été soutenue contre un adversaire sérieux et ayant qualité pour contredire [42]. Encore l'autorité absolue de la chose jugée cesse-t-elle dans ce cas, si le rapport juridique reconnu dans le premier jugement est attaqué par le tiers en vue d'un autre droit qui en dépend et qui ne constitue pas une question d'état [43]. *c.* Celui qui est déclaré héritier d'une personne acquiert par le jugement cette qualité à l'égard des légataires, des créanciers et des débiteurs de la succession. Il peut s'en prévaloir à son profit vis-à-vis de ces personnes, mais il est également tenu de l'accepter à son préjudice [44]. *d.* La chose jugée peut être opposée à celui qui a un intérêt dans une contestation qu'il savait être portée devant la justice, et dans laquelle il n'a pas usé du droit d'intervention [45]. *e.* Enfin, l'indivisibilité d'un droit peut avoir pour effet de rendre la chose jugée décisive et obligatoire pour des personnes qui n'ont point figuré dans l'instance à la suite de laquelle le jugement a été prononcé [46].

Des considérations que nous venons de présenter il résulte que l'analyse romaine dont nous nous sommes occupé est moins une théorie complète de la matière qu'un guide pratique, utile dans beaucoup de cas, mais insuffisant et même dangereux dans d'autres.

La question de l'identité, comme nous l'avons dit ci-dessus, est plutôt une question de fait que de droit, dont cependant la solution est toujours

§ 3, D., *de iureiurando* 12, 2. « ... si non per collusionem actum sit. ». — Fr. 3, § 13, D., *de libero homine exhibendo* 43, 29.

[42] *A*) Fr. 1, § 16. Fr. 2. 3, D., *de adgnoscendis et alendis liberis* 25, 3. — Fr. 14, D., *de iure patronatus* 37, 14, combiné avec Fr. 2. 3, § 1-3. D., *de iureiurando* 12, 2. — Fr. 1. 2. 4. 5, D., *de collusione detegenda* 40, 16. — Fr. 3, D., *eodem*; «... iusto contradictore. » — *B*) Fr. 9. 42, D., *de liberali causa* 40, 12. — Fr. 1. 5, D., *si ingenuus dicetur* 40, 14. — Les Fr. 25, D., *de statu hominum* 1, 5; Fr. 24, D., *de dolo malo* 4, 3, et Fr. 1, § 4, D., *de liberis exhibendis* 43, 30, ne sont pas décisifs pour la question. Le Fr. 29, pr. D., *de exc. rei iud.* 44, 2, ne s'y rapporte point : il s'y agit d'une hypothèse où, dans un premier procès entre l'esclave et l'un des cohéritiers, il a été jugé non pas Am Am *liberum esse*, mais A° A° *libertatem deberi ex fideicommisso.* Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question délicate, ci-après, t. III, §§ 327. 335.

[43] Fr. 9. 42, D., *de liberali causa* 40, 12. — Fr. 1. 5, D., *si ingenuus esse dicetur* 40, 14. — Arg. Fr. 63, *verb.* Nam et si D., *de re iudicata* 42, 1. — Cf. ci-après, t. III, § 335.

[44] *Voy.* ci-après, t. III, § 409 *in fine.*

[45] Par exemple, le créancier hypothécaire, qui sait que l'on revendique dans les mains de son débiteur la chose hypothéquée et qui ne veille pas à ses intérêts, doit subir l'exception de la chose jugée obtenue contre son débiteur. Le principe qui domine cette question est fort bien traité dans le Fr. 63, D., *de re iudicata* 42, 1, auquel nous renvoyons avec l'observation que, dans la deuxième phrase de ce fragment, on ne doit pas lire : *veluti si creditor*REM *experiri passus sit debit*OR, comme le fait la Vulgate, mais *veluti si credit*OR *experiri passus sit debitor*EM. Cette dernière leçon se trouve dans les Pandectes florentines et est confirmée par les Basiliques. — D'autres exemples : Fr. 29, § 1, D., *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2. — Fr. 4, § 4, D., *de appellationibus* 49, 1. Cf. ci-dessus, § 66, note 21.

[46] Nous reviendrons sur ce point, quand nous traiterons des actions confessoire et négatoire, ci-après, §§ 136. 137; des obligations corréales, ci-après, t. II, § 186; des obligations indivisibles, t. II, § 192; du cautionnement, t. II, §§ 263 sq.

dominée par des règles juridiques. Pour la résoudre, il faut, dans chaque espèce, d'abord analyser soigneusement les éléments constitutifs du rapport juridique qui a été soumis à l'appréciation du juge, *ius in litem deductum*, et ensuite rechercher sur quels éléments a porté la sentence qui a été prononcée [47]. Le même travail d'analyse ayant été fait relativement à la nouvelle question qui se présente, il sera généralement facile de constater s'il y a ou non identité. C'est aussi ce procédé, à la fois rationnel et pratique, que, malgré la théorie exposée ci-dessus, les jurisconsultes romains paraissent avoir suivi dans les décisions qu'ils nous ont laissées, et c'est pourquoi ces décisions sont, en général, d'une justesse parfaite, bien que les motifs n'en paraissent pas toujours à l'abri de toute objection. — Dans l'examen de la question de savoir sur quoi a porté le jugement, nous devons nous laisser guider par les règles ordinaires en matière d'interprétation; d'où il résulte que, contrairement à l'opinion vulgaire, il est non-seulement permis, mais parfois indispensable de prendre en considération les motifs du jugement [48]. A ce propos, il est à remarquer qu'il faut, en général, procéder avec plus de précaution lorsqu'il s'agit d'un jugement absolutoire que quand la sentence contient condamnation. Car dans ce dernier cas, le jugement renferme une déclaration positive, tandis que dans le premier, la déclaration n'affirme rien, pas même toujours la non-existence du droit que le demandeur réclame [49]. — En ce qui concerne le rapport juridique même, dont il faut constater l'identité, il est évident que lorsqu'un premier jugement a statué sur l'existence d'un droit qui en comprend plusieurs autres ou dont plusieurs autres dérivent nécessairement, la chose jugée pourra être opposée toutes les fois que l'un ou l'autre de ces derniers est mis en contestation dans un procès nouveau [50]. Dans cette question, comme dans toutes les autres

[47] Pour ne pas trop compliquer la matière, nous faisons abstraction ici de l'ancien droit, d'après lequel déjà le seul fait de la *in ius deductio*, abstraction faite du jugement à intervenir, pouvait avoir pour effet d'éteindre le droit qui avait servi de base à l'action. *Voy.* ci-dessus, § 54, I.

[48] Fr. 20, in f. D., *de exc. rei iudicatæ* 44, 2. « ... Nec obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum... nec iudex in iudicio sensisset... » — Fr. 15, D., *eodem*, à la note suivante. Fr. 9, pr. Fr. 17. 18. 30, § 1, D., *eodem;* Fr. 12, § 2, D., *ad exhibendum* 10, 4. *Voy.* ci-après, § 119; t. II, § 285 et t. III, § 409. — Fr. 8, § 2, D., *de negotiis gestis* 3, 5; Fr. 7, § 1, D., *de compensationibus* 16, 2; Fr. 1, § 4, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4. *Voy.* ci-après, t. II, § 292 *in fine*.

[49] Fr. 15, D., *de exc. rei iud.* 44, 2. « Si inter me et te controversia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego, nihil vetat, et me a te, et invicem te a me hereditatem petere : quod si post rem iudicatam a me petere cœperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei iudicatæ exceptio, quia eo ipso quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse : si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum esse intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua. » — Fr. 9, pr. Fr. 17. 18. 30, § 1, D., *eodem*, et Fr. 12, § 2, D., *ad exhibendum* 10, 4.

[50] Fr. 3, D., *de exc. rei indicatæ* 44, 2. « ... Si singulis rebus petitis hereditatem petit, vel contra, exceptione summovebitur. » — Fr. 7, pr. § 4, D., *eodem*. « Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei indicatæ nocet : nam pars in toto est... nec interest, utrum in corpore

qui peuvent s'élever, on doit appliquer les règles générales d'interprétation au résultat obtenu par l'analyse des éléments subjectifs et objectifs du droit dont il s'agit, tout en tenant compte des dispositions positives de nos lois, en ce qui concerne l'identité des personnes [51].

DES CAUTIONS ET DES ENVOIS EN POSSESSION †.

§ 70.

Pour garantir des droits actuels ou éventuels, le magistrat romain avait recours à des moyens indirects qui, selon les circonstances, pouvaient aussi servir de moyen de contrainte et d'exécution. Parmi eux, nous remarquons les cautions et les envois en possession.

† Les *cautiones* avaient surtout pour but de rendre possible la poursuite d'une instance, et par suite d'assurer l'exécution d'une obligation, particulièrement d'nne obligation future [1]. La plus ancienne forme de la *cautio* se trouve dans les *sponsiones*, qui, elles-mêmes, ne sont autre chose que la gageure du *sacramentum*, affranchie du dépôt réel de l'enjeu et réduite au simple engagement verbal avec la garantie d'un autre citoyen [2]. Comme le but originaire du *sacramentum* avait été d'établir entre les parties un lien obligatoire qui les soumît au *iudicium* [3], de même les *sponsiones* servirent à provoquer une décision judiciaire dans des procédures d'origine plus récente, comme dans la *legis actio per condictionem*, dans les *interdicta*, dans la formule *revendicatoire* [4] et probablement dans les divers

hoc quæratur, an in quantitate, vel in iure... Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso, vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si. .. ... » § 4... vel ALIO GENERE IUDICII... — Fr. 20, § 1, 2. 3. Fr. 25, § 1. Fr. 26, pr. § 1, D., *eodem*. — Mais *voy.* aussi Fr. 11, § 6, D., *eodem*. « Si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum aliud videri tunc petitum, atque ideo exceptionem rei iudicatæ cessare. » — Fr. 14, § 3, D., *eodem*. « Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem : quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. » — Fr. 31, D., *eodem*. « Paulus respondit, ei, qui in rem egisset, nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatæ. » — Fr. 14, § 1. Fr. 20. 21, pr. § 3. Fr. 25, D., *eodem*.

[51] *Voy.* ci-dessus, notes 35-46.

† GAIUS, IV, 88-102. — PAUL, V, 9. — Tit. I., *de satisdationibus* 4, 11. — Tit. D., *qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, vel suæ promissioni committantur* 2, 8. — Tit. D., *de stipulationibus prætoriis* 46, 5. — Tit. C., *de satisdando* 2, 57.

[1] Dans un sens plus étendu, le mot *cautio* comprend tout ce qui peut nous donner une sûreté quelconque, *ut quis cautior et securior sit*. Fr. 1, § 4, D., *de stipulationibus prætoriis* 46, 5. Dans ce sens, il sert aussi à désigner des reconnaissances par écrit et même des quittances. Fr. 40, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 15, D., *de probat.* 22, 3. — L. 3, C., *de verb. signif.* 6, 38. *Voy.* ci-dessus, § 93, notes 15 et suivantes, et ci-après, t. II, §§ 248. 275 sq.

[2] Cf. GAIUS, IV, 13.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 43, notes 2 et suivantes.

[4] *A*) *Voy.* ci-dessus, § 43, n° 3, et ci-après, notes 8 sqq. — *B*) *Voy.* ci-après, § 71, notes 19 sqq. — *C*) *Voy.* ci-après, § 117.

incidents qui pouvaient se présenter devant le magistrat [5]. Le *sacramentum* cependant amenait de fait encore un autre résultat, celui de faire perdre à la partie succombante le montant de la gageure [6], et à ce point de vue, il pouvait être considéré comme un frein ou, d'après le langage romain, comme une peine pour les plaideurs téméraires [7]. Aussi donna-t-on ce même caractère aux *sponsiones* dans les interdits, dans la *condictio certi* et dans l'*actio de constituta pecunia* introduite à l'instar de la *condictio* [8]; d'où le nom de *sponsiones pœnales* [9] en opposition à celles qu'on appelait *præiudiciales* et qui ne servaient qu'à engager l'instance, sans que le montant de la gageure dût être payé, comme cela se faisait dans la revendication [10] et probablement dans les autres hypothèses où la décision sur la *sponsio* devait servir de *præiudicium* à la question principale [11]. — L'instance se trouvant engagée par le *sacramentum* ou de toute autre manière, il pouvait se présenter des circonstances qui en empêchaient la poursuite continue : dès lors, il fallait assurer les comparutions ultérieures des parties, au moins jusqu'à la *litis contestatio* [12]. Exiger à cet effet pour chaque incident qui pouvait survenir une nouvelle *in ius vocatio* ou le dépôt d'un nouveau *sacramentum*, dut paraître trop onéreux; on se contenta donc du simple engagement des parties, garanti par un citoyen solvable, *vas* [13]. Il est probable que ces *vadimonia*, dont la nécessité a dû se faire sentir dès les premiers jours [14], ont fait naître l'idée de remplacer le dépôt du *sacramentum* par la simple *sponsio* [15]; mais il va sans dire qu'ils avaient un caractère pénal [16], et il importe de faire

[5] *Voy.* ci-dessus, § 62, note 24, ce que nous avons dit sur les *exceptiones* dans la procédure *per legis actiones*.

[6] GAIUS, IV, 13. *Voy.* ci-dessus, § 43, note 16, et ci-après, § 75, note 1.

[7] *Voy.* ci-après, § 75.

[8] *A*) Pour les interdits, *voy.* ci-après, § 71, notess 7. 19-26. — *B*) CIC., *pro Roscio comœdo*, 4. 5.—GAIUS, IV, 171. « ... Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de *pecunia certa credita* et *pecunia constituta* : sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ, partis dimidiæ. » Cf. ci-après, § 75, note 2.

[9] GAIUS, IV, 94. Ces *cautiones pœnales* exigeaient naturellement deux engagements respectifs, une *sponsio* et une *restipulatio*. GAIUS, IV, 13. « Sponsionis et restipulationis pœna. » — LE MÊME, IV, 165. « ... Actor provocat adversarium sponsione; ... ille autem adversus sponsionem... restipulatur » et *passim*. *Voy.* ci-après, § 75, note 2 et t. II, § 266.

[10] GAIUS, IV, 94. « Nec tamen hæc summa sponsionis exigitur; non enim *pœnalis* est, sed *præiudicialis* et propter hoc solum fit ut per eam de re iudicetur... »

[11] *Voy.* ci-dessus, note 5.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 47, notes 18-24. 33.

[13] VAS, VADARI, VADIMONIUM. VARRON, *de l. l.*, VI, 74 (IV, 7, Gothofr. — p. 71 Bipont.) « VAS appellatus qui pro altero vadimonium promittebat. » — CIC., *pro Quinctio*, 5. 6. 8. 14; *pro Tullio*, 20. — AULU-GELLE, II, 14. XVI, 10. — FESTUS, v. *Vadem*.

[14] Déjà la loi des Douze Tables parlait de VADES, SUBVADES. *Voy.* ci-dessus, § 47, notes 7. 33.

[15] Ou, pour nous servir du terme spécial usité en cette matière, par des *prædes sacramenti*. GAIUS, IV, 13. 16, et ci-dessus, § 43, note 17.

[16] *Voy.* ci-dessus, note 9, et ci-dessus, § 47, notes 9. 19-23.

observer que c'est dans cette application que la *sponsio* revêt d'abord le caractère de garantie, qui constitue plus tard la principale et finalement l'unique utilité des *cautiones*. Le même caractère pénal appartient aux *sponsiones* que l'on emploie pour sauvegarder les droits respectifs des parties durant l'instance et en attendant le jugement à intervenir, cautions qui se présentent dans les actions revendicatoires sous la forme des *prædes litis et vindiciarum* [17].

Toutes ces *sponsiones*, qui doivent leur origine à la coutume ou à la loi, sont disparues dans le droit nouveau ; mais à côté d'elles furent créées, sous le système formulaire et par l'autorité des magistrats [18], d'autres *cautiones*, qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom de *stipulationes prætoriæ* [19] et dont plusieurs subsistent encore dans la législation de Justinien [20]. Ulpien divise ces stipulations, suivant le but en vue duquel elles sont imposées [21], en trois catégories [22] : *cautionales*, *iudiciales*, *communes* [23]. Il appelle *cautionales* celles qui ont pour but de créer éven-

[17] Remplacés plus tard par une *stipulatio* PRO *præde litis et vindiciarum* (GAIUS, IV, 91, et ci-après, § 117), c'est-à-dire que, au lieu d'un *præs*, obligé comme *nexus*, on se contentait d'un répondant qui s'engageait simplement par stipulation, *verbis*, d'un *sponsor*. Cf. CIC., *in Verrem*, II, 1, 45. « Lege ageret... aut, pro præde litis et vindiciarum cum *satis accepisset* (*voy.* ci-après, note 34), sponsionem faceret. » *Voy.* ci-dessus, § 24, note 7; § 33, note 3, et ci-après, t. II, § 299, notes 1-7.

[18] Des préteurs, des tribuns, des édiles. *Voy.* la note suivante et ULPIEN, VII, 3. « ... cavere sibi solet stipulatione tribunitia. » — Fr. 28, D., *de Ædilicio edicto* 21, 1.

[19] Tit. D., *de stipulationibus prætoriis* 46, 5.

[20] Nous en parlerons, avec les détails qu'elles comportent, dans le cours de l'ouvrage : des *cautiones iudicatum solvi* et *doli* dans les actions revendicatoires, aux §§ 117. 119. 121. 136. 137; de la *cautio ne amplius turbetur*, aux §§ 89. 121. 136. 137; de la *cautio usufructuaria*, aux §§ 127 et suivants; des *cautiones cognitoriæ et procuratoriæ*, t. II, § 187, OBS.; des *cautiones damni infecti*, et en matière de *operis novi nuntiatio*, t. II, § 283; de la caution à fournir à l'impubère adrogé, t. III, § 328; de la *cautio rem pupilli salvam fore*, t. III, § 347; des cautions en matière d'hérédité et de legs, t. III, §§ 387; 396, 1°; 399, 1°; 413; 423, III; 424 ; 425, D ; 445.

[21] IMPOSÉES par le magistrat *in iure* ou par le juge *in iudicio*, et appelées par ce motif NECESSARIÆ en opposition aux stipulations faites par le libre consentement des parties, VOLUNTARIÆ ou CONVENTIONALES. *Voy.* Fr. 7, § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8, et les passages de Pomponius et de Justinien, cités à la note suivante. La même *stipulatio* peut, au reste, se produire comme *necessaria* et comme *voluntaria*, par exemple, la *stipulatio duplæ* en matière de vente, qui habituellement est *conventionalis*, mais peut aussi être imposée par l'édile ; la stipulation usufruitière, la *cautio ratam rem haberi*, les *cautiones de dolo*, etc., etc.

[22] Une autre division qui se rattache à la distinction établie à la note précédente se trouve au Fr. 5, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1, où Pomponius divise les *stipulationes necessariæ*, d'après l'autorité qui les impose, en *prætoriæ*, ordonnées par le préteur ; *iudiciales*, ordonnées par le *iudex*, et *communes*, qui peuvent être ordonnées tant *in iudicio* que *in iure*. Cette division, bien qu'elle n'ait plus aucune raison d'être dans le droit nouveau, a été accueillie par Justinien dans le tit. I., *de divisione stipulationum* 3, 18. — Nous reviendrons ci-après, en traitant des *obligations indivisibles*, t. II, § 192 sur une autre division en *stipulationes quæ rei restitutionem continent aut incertam quantitatem*, donnée par PAUL, Fr. 2, D., *h. t.*

[23] ULPIEN, Fr. 1, pr. § 1, 4, D., *de stipulationibus prætoriis* 46, 5. « Prætoriarum stipulationum tres videntur esse species : iudiciales, cautionales, communes. 1. *Iudiciales* eas dicimus, quæ propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, iudicatum solvi, et ex operis nuntiatione. 2. *Cautio-*

tuellement, en faveur de la personne qui les reçoit, un droit d'action, *quæ instar actionis habent, ut nova sit actio* [24]; il nomme *iudiciales* celles qui assurent la marche régulière d'un procès engagé et par suite l'efficacité des droits qui en peuvent dériver [25]; enfin il donne la qualification de *communes* aux *vadimonia,* qui peuvent être *cautionalia* quand ils remplacent la *in ius vocatio* ou bien *iudicialia* quand ils servent de *cautio in iudicio sistendi* [26].

Dans l'origine, la partie à laquelle une caution était imposée devait,

nales sunt autem quæ instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt : ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. 3. *Communes* sunt stipulationes, quæ fiunt iudicio sistendi causa. 4. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse : hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione. »

[24] Pour faire comprendre l'explication que nous donne Ulpien, prenons le cas de la *cautio damni infecti.* La circonstance que la maison de mon voisin menace de s'écrouler et de me causer ainsi un dommage ne me donne aucune action contre le voisin; même après la ruine et le dommage causé, mes droits de ce chef sont assez limités, comme nous le verrons plus tard. Mais l'édit du préteur m'autorise à prendre mes précautions, en exigeant du voisin pour le dommage éventuel une caution qu'il doit fournir, suivant les circonstances, par simple repromission ou par fidéjusseur; et de cette *cautio damni infecti* naît, si l'accident arrive, une action contre le voisin et contre le fidéjusseur, en réparation de tout le préjudice qui en peut résulter pour moi. *Voy.* t. II, § 283, I. Outre cette *cautio damni infecti* et les trois autres cautions citées dans le passage d'Ulpien, savoir : *de legatis* (t. III, § 423), *de tutela* (t. III, § 347), *ratam rem haberi* (t. II, § 187, OBS. *voy.* aussi la note suivante), il faut compter parmi les *stipulationes cautionales* celles de l'usufruitier et du quasi-usufruitier (*voy.* ci-après, §§ 127 sq.), la *stipulatio duplæ* imposée par le magistrat ou le juge (t. II, § 213, note 21), celle à fournir à l'impubère adrogé (t. III, §§ 328) et les diverses stipulations qui se rencontrent dans les successions à cause de mort. T. III, §§ 387; 396, 1°; 399, 1°; 413; 423. III, 424; 425, D; 443.

[25] Parmi les *cautiones iudiciales,* il en est qui ont un caractère général, se présentant dans tous les procès ou au moins dans certaines catégories de procès. En thèse générale, le demandeur n'avait point à fournir de pareilles cautions par la raison que c'est lui qui d'habitude est intéressé a faire marcher l'affaire et que ses faits ou omissions ne sauraient porter préjudice à la partie adverse. Quant au défendeur, il devait, dans les actions revendicatoires, fournir garantie, soit par une *stipulatio pro præde litis et vindiciarum,* soit par la *cautio iudicatum solvi. Voy.* ci-après, §§ 117. 121. 136. 137. Dans les *actiones in personam,* le défendeur n'était tenu de caution que dans certains cas déterminés « certis ex causis quas ipse prætor significat... aut *propter genus actiones* aut *propter personam* quia suspecta est. » GAIUS, IV, 88-102. Justinien abolit toutes ces *cautiones,* se bornant à exiger du défendeur qu'il garantisse sa présence au procès jusqu'à la fin de l'instance, soit par simple promesse, soit par *cautio iuratoria,* soit par satisdation, *pro qualitate personæ suæ.* Pr. § 1. 2, I., *de satisdationibus* 4, 11, et THÉOPHILE, *ad h. l.,* ainsi que les Titt. D. et C., cités ci-dessus. Telles sont les règles générales quand les deux parties plaident en personne; mais quand l'une ou l'autre des parties agit par représentant, il y a lieu à diverses cautions que nous ferons connaître ci-après, t. II, § 187, OBS. — En dehors de ces *cautiones iudiciales* ayant un caractère général, il y en a d'autres qui peuvent se produire dans des procédures spéciales. Telles sont la *cautio* dans la *operis novi nuntiatio* (t. II, § 283, II), l'engagement que doivent prendre l'associé et le mari pour jouir du bénéfice de compétence et qui était *cautionalis* dans l'ancien droit (t. II, § 170, note 12, et t. III, § 314), enfin la *cautio doli* dans diverses applications. La *cautio ratam rem haberi* est également *iudicialis* pour le demandeur, mais pour le défendeur, elle est *cautionalis,* puisqu'elle lui donne une action contre le *procurator. Voy.* ci-après, t. II, § 187, OBS.

[26] *Voy.* ci-dessus, note 15 et § 47, notes 7-10. 18. 19. La *cautio ratam rem haberi* est aussi essentiellement *communis. Voy.* l'observation finale de la note précédente.

pour satisfaire à cette obligation, présenter des citoyens solvables qui consentissent à répondre de son engagement. Ces répondants, qui figurent sous les noms de *vades* et *prædes*, étaient sans doute aussi rigoureusement tenus que le citoyen qui s'engageait pour une dette personnelle au moyen du *nexum* [27]; mais quand le *nexum* eut été aboli et remplacé par la simple *stipulatio* [28], l'obligation des cautions participa de cet adoucissement, et elles prirent dès lors les noms usuels de *sponsores, fidepromissores, fideiussores* [29]. Déjà sous la république [30], il y eut des cas dans lesquels, sans exiger de répondants, on se contentait de l'engagement personnel de la partie (*promissio, repromissio*), parfois confirmé par serment, *cautio iuratoria* [31]. Mais cette faveur n'était admise que par exception [32], et quand la loi exigeait *cautio idonea*, il fallait toujours fournir la garantie au moyen d'un fidéjusseur ou d'un gage [33]. Le mot *satisdatio* désigne spécialement la caution par fidéjusseurs, quoiqu'il comprenne souvent aussi la garantie réelle et même la simple caution promissoire [34]. Par des dispositions particulières, le fisc est dispensé de toute caution. Les villes et les personnes qui possèdent des immeubles d'une valeur suffisante ne sont tenues que de la caution promissoire [35].

La partie qui, étant tenue de fournir caution, ne satisfait pas à cette obligation, s'expose à divers inconvénients. Il est d'abord évident que le demandeur, qui ne remplit pas les conditions requises pour pouvoir intenter une action, se met lui-même dans l'impossibilité de faire valoir son droit [36]. Le refus du défendeur de fournir les cautions qui lui incombent,

[27] *Voy.* pour le VAS, ci-dessus, note 13; § 47, notes 7. 8. 18; nº 92; et pour le PRÆS, ci-dessus, note 17 et § 24, notes 7 sqq.

[28] *Voy.* ci-après, t. II, § 245, notes 1-5, et § 299, notes 1-7.

[29] *Voy.* ci-après, t. II, § 261.

[30] LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA, c. 20. Cf. GAIUS, IV, 185.

[31] GAIUS, IV, 185. — § 2, I., *de satisdationibus* 4, 11. *Voy.* ci-dessus, note 25. — Fr. 16, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 1, § 5, D., *de stip. præt.* 46, 5. — L. 17. pr. C., *de dignitatibus* 12, 1. — L. 8, C., *de principibus agentium in rebus* 12, 22. « adiuratoriæ cautioni. » — L. 3, § 3 in f. C., *de privilegiis scholarum* 12, 30 et *passim*.

[32] Fr. 1, § 5, D., *de stip. præt.* 46, 5. « Stipulationum prætoriarum... perpaucæ sunt quæ nudam repromissionem habent : quibus enumeratis, apparebit ceteras non esse repromissiones, sed satisdationes. Fr. 1, § 6 sqq. D., *eodem. Voy.* cependant L. 5, C., *de verborum signific.* 6, 38.

[33] Fr. 59, § 6, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 4, § 8, D., *de fideicommiss. libertatibus* 40, 5. — Cf. Fr. 21, § 2, D., *de pecunia constituta* 13, 5. — Le magistrat appréciait lui-même la solvabilité des cautions, mais il pouvait aussi confier cette tâche à des arbitres-experts. Fr. 9. 10, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 2, D., *a quibus appellare non licet* 49, 2. Cf. ci-dessus, § 68, note 22.

[34] Fr. 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8.— Fr. 1, § 9, D., *de collatione* 37, 6. — Fr. 4. 8, D., *de fideic. libert.* 40, 5. — Cf. Fr. 61, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[35] Fr. 3, § 5, D., *si cui plus quam lege Falcidia.* 35, 3 (Fr. 2, § 1, D., *de fundo dotali* 23, 5).— Fr. 6, § 1, D., *ut legat. causa caveatur* 36, 3. — Fr. 15, D., *qui satisdare cog.* 2, 8. — L. 26, § 6, C., *de episc. audientia* 1, 41. — L. 4, § 1, C., *de sportulis* 3, 2. — Cf. § 2, I., *de satisdationibus* 4, 11, et THÉOPHILE, *ad h. l. Voy.* ci-dessus, note 25.

[36] *Voy.* pour le droit nouveau, Fr. 1, § 7, D., *si cui plus.* 35, 3. — Fr. 10, D., *ut in possessione*

a pour effet de l'assimiler au défaillant [37] et de l'exposer aux moyens de contrainte, que nous avons indiqués en traitant de cette hypothèse [38] et parmi lesquels nous avons à signaler ici particulièrement celui qui consiste à attribuer à la partie adverse la possession de la chose litigieuse ou d'autres choses soumises au pouvoir du récalcitrant [39]. La *missio in possessionem* est aussi la conséquence extrême qu'entraîne l'inexécution de l'obligation qui résulte de la caution fournie (par l'une ou l'autre partie), au cas que les moyens ordinaires [40] ne suffisent pas pour donner satisfaction à la partie adverse [41].

†† Nous venons de voir que le préteur employait comme moyen de contrainte l'envoi en possession, quand la personne à qui une caution était imposée refusait de la fournir ou n'exécutait point l'obligation résultant de la caution fournie. Le même moyen servait encore à d'autres fins très-variées dont nous donnerons les détails aux endroits convenables, mais qui se trouveront sommairement indiquées dans l'analyse des effets de la *missio,* qui va suivre. L'objet de la *missio in possessionem* pouvait être soit une ou plusieurs choses déterminées [42], soit le patrimoine entier d'une personne; dans ce dernier cas, elle s'appelait de préférence *missio in bona* [43]. — Les effets de la *missio in possessionem*

legatorum. 36, 4. « ... denegatas heredi actiones... » — Fr. 1, § 10, D., *de collatione* 37, 6. « actiones denegatæ. » — Cf. Fr. 26, § 6, D., *ex quibus causis maiores.* 4, 6.

[37] Ce plaideur récalcitrant, en effet, ne remplit pas plus les devoirs du défendeur que celui qui ne se présente point : l'un et l'autre sont *indefensi, defendere nolunt.* Ulpien, *fragm. vindobonense.* — *Vaticana fragm.* 92, et ci-après, § 117 *in fine;* § 136 *in fine;* § 137 *in fine.*

[38] *Voy.* ci-dessus, § 47, notes 19-23. Ajoutons qu'au § 3, I., *de satisdatione tutorum* 1, 24, Justinien ordonne de procéder par saisie de gages contre les tuteurs et curateurs qui ne fournissent point la *cautio rem pupilli salvam fore* et que, dans certains cas, l'on accorde, sans que la caution ait été fournie, une *actio ex stipulatu* ficticia, comme si elle avait été fournie. Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20; Fr. 7, D., *de damno inf.* 39, 2, et Fr. 19, § 1, D., *de adoptionibus* 1, 7. *Voy.* ci-après, t. II, § 283, I, et t. III, § 328 *in fine.*

[39] *Voy.* ci-après, notes 42 et suivantes.

[40] Ces moyens ordinaires sont l'*actio ex stipulatu* contre celui ou ceux qui ont donné la *cautio,* en s'obligeant par stipulation (soit personnellement, soit comme *sponsores* ou *fideiussores*), ou bien l'action hypothécaire, quand la caution a été fournie par gage ou hypothèque. — Nous avons vu à la note 38 que, dans certains cas, l'*actio ex stipulatu* est même accordée *utiliter,* comme *fictitia,* bien que la caution n'ait point été fournie en réalité.

[41] *Voy.* ci-après, notes 42 sqq., et ci-dessus, § 47, notes 19 sqq.

†† Tit. D., *quibus ex causis in possessionem eatur* 42, 4. — Tit. D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis* 42, 5. — Tit. C., *eodem* 7, 72.

[42] Cet envoi en possession d'une ou de plusieurs choses déterminées est beaucoup moins fréquent que la *missio in bona :* il ne se rencontre guère que comme peine de l'*indefensus* dans les actions revendicatoires, comme moyen d'exécution d'un jugement par saisie de gages, enfin, à l'occasion du *damnum infectum.* *Voy.* Fr. 7, § 17. 18, D., *h. t.* 42, 4, et ci-après, §§ 119. 120. 136. 137; 217 in f., § 157, II, et t. II, § 283, I. Cf. t. III, § 423, Observations.

[43] Ce patrimoine peut être celui de l'adversaire même contre lequel l'envoi est décrété (comme dans l'envoi en possession des biens d'un débiteur insolvable, *voy.* ci-après, note 49, nº 1), ou bien celui d'une personne décédée dont l'adversaire est héritier, comme dans la *missio legatorum servandorum causa,* etc. *Voy.* ci-après, note 49, nº 4.

différaient suivant le but qu'on se proposait d'atteindre [44]. Dans sa manifestation la moins énergique, elle avait un caractère purement conservatoire [45] et ne donnait que la détention et la garde, *custodia* [46], de la chose ou des biens qui en étaient l'objet [47]. Habituellement, la garantie qu'elle avait pour but d'offrir était rendue plus efficace par un droit de rétention et de gage, *pignus prætorium* [48], qui permettait à l'envoyé de faire vendre et de se faire payer sur le prix de vente [49]. Enfin, dans certains cas, la *missio* avait pour effet de conférer directement à l'envoyé la possession à titre de maître, c'est-à-dire un pouvoir légal qui équivalait en fait au droit de propriété et qui a fini par lui être assimilé entièrement [50]. — Quel que

[44] Ulpien, Fr. 1, D., *h. t.* 42, 4, nous donne une division peu logique des *missiones*. « Tres fere causæ sunt, ex quibus in possessionem mitti solet : *rei servandæ causa*, item *legatorum servandorum gratia* et *ventris nomine*. *Damni* enim *infecti nomine*, si non caveatur, non universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum tuetur. » On parle aussi d'une *missio hereditatis tuendæ causa*. Il suffit, au reste, d'un moment de réflexion pour se convaincre que toutes ces hypothèses, sauf celle du *damnum infectum*, peuvent être comprises dans la dénomination : REI SERVANDÆ CAUSA.

[45] Pour indiquer cet effet purement conservatoire, Ulpien, Fr. 3, pr. D., *h. t.* 42, 4, se sert de la locution : REI SERVANDÆ CAUSA, en opposition aux *missiones*, qui donnent le droit de vendre, bien que ces *missiones* méritent et reçoivent la même qualification.

[46] La simple détention et non pas la possession proprement dite. *Voy.* ci-après, § 81, n° 2, et Fr. 5, § 22 *, D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4. — Fr. 1, § 17 sqq. D., *de ventre in poss. mittendo* 37, 9. — Fr. 1, § 1 *, D., *de Carboniano edicto* 37, 10. — Fr. 15, § 20 *, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 3, § 23. Fr. 10, § 1, D., *de adquir. possessione* 41, 2. — Fr. 12, D., *h. t.* 42, 4. — Fr. 3, § 8. D., *uti possidetis* 43, 17. Encore cette détention n'est-elle pas toujours exclusive; souvent le *missus* la partage avec la partie adverse. *Voy.* les passages marqués d'un astérisque.

[47] Telle est la *missio* donnée contre celui qui, sans dol ni faute, se trouve *indefensus*. Cic., *pro Quinctio*, 27. — Fr. 21, § 2, D., *quibus ex causis maiores* 4, 6. — Fr. 5-6, D., *h. t.* 42, 4. — Fr. 33, D., *h. t.* 42, 5. — Telles peuvent encore être les *missiones hereditatis tuendæ causa*, qui se donnent en faveur du furieux et du *heres scriptus*, en vertu de l'édit d'Adrien (t. III, § 399); ainsi que celles qui sont accordées *ventris nomine, ex Carboniano edicto et ex rescripto Antonini*, ces dernières conférant cependant, en outre, le droit d'administrer et de recevoir des aliments. T. III, §§ 399 et 423, III.

[48] Fr. 26, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 3, § 1, D., *de rebus eorum* 27, 9. — Fr. 35, D., *h. t.* 42, 5. — Tit. C., *de prætorio pignore* 8, 2. — *Voy.* ci-après, § 157.

[49] Exemples : 1° l'envoi en possession des biens d'un débiteur latitant et insolvable, dont il sera traité en détail ci-après, t. II, § 299; — 2° la saisie de gages à fin d'exécution d'un jugement, *voy.* ci-dessus, § 69, notes 8 sqq., et ci-après, § 157; — 3° la *missio ex primo decreto*, accordée *damni infecti nomine*. T. II, § 283, I; — 4° l'envoi en possession accordée pour sûreté d'un legs, *legatorum servandorum causa*. T. III, § 423, III; — 5° la *missio dotis servandæ causa*, dont parlent les Fr. 48, D., *de solutionibus* 46, 3, et Fr. 26, § 1, D., *ad municipalem* 50, 1. *Voy.* t. III, § 311 *in fine*.

[50] Cet effet résulte du second envoi en possession *damni infecti nomine* et de l'addiction d'un esclave *ex noxali causa*. *Voy.* ci-après, § 92, c, 2, et t. II, § 283, I. Il en était de même de la *missio* qui donnait la *bonorum possessio* à titre d'héritier, institution d'une très-haute importance dans l'histoire du droit d'hérédité, mais qui n'a point de rapport avec notre matière, l'envoi en possession n'étant, dans ce cas, ni une mesure de procédure, ni une garantie d'un droit actuel ou éventuel, mais bien l'acte créateur d'un droit de succession. *Voy.* t. III, §§ 359. 372 sqq. — Une autre *missio in rem*, en matière de fidéicommis a été abolie par Justinien. L. 1, C., *communia de legatis* 6, 43, et t. III, § 423, OBS.

soit, au reste, le but d'une *missio* que le préteur a décrétée en vertu de son *imperium*, il en assure la réalisation et le maintien par des actions spéciales, *interdicta* et *in factum actiones* [51], et, en cas de besoin, au moyen de la force publique [52].

DES INTERDITS †.

§ 71.

Interdictum est originairement une ordonnance par laquelle le magistrat défend de faire quelque chose, *interdicit*. Par extension, le terme a servi à désigner une procédure qui, sous certains rapports, différait de la procédure ordinaire.

L'origine des interdits doit être attribuée à la nécessité de garantir certaines manifestations de la volonté individuelle, qui, sans avoir le caractère précis d'un droit [1], méritaient cependant d'être protégées contre des empêchements ou attaques arbitraires. Ne pouvant, au moins dans l'origine, donner à cet effet une action, puisque le fondement légal faisait défaut, le préteur usait de son *imperium* et lançait une ordonnance contre celui qui avait opposé l'empêchement ou s'était rendu coupable de l'attaque [2]. Il est tout naturel que les premières ordonnances de cette nature aient été des défenses, *interdicta;* mais bientôt le préteur alla jusqu'à ordonner des faits positifs. Les ordonnances de ce dernier genre s'appe-

[51] *A*) Cic., *pro Quinctio*, 27. – Fr. 4, pr. § 1, D., *ne vis fiat ei qui in poss.* 43, 4. — *B*) Gaius, IV, 177. – Tit. D., *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* 43, 4. – Fr. 4, § 2. Fr. 15, § 36, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 14, pr. § 1, D., *h. t.* 42, 4. – Fr. 9. 14, § 1, D., *h. t.* 42, 5. – *Voy.* ci-après, § 157, notes 29 sqq.

[52] Paul, III, 5. 18. – Fr. 1, § 2, D., *si ventris nomine* 25, 5. – Fr. 5, § 27, D., *ut in possess. legat.* 36, 4. – Fr. 3, § 1, D., *ne vis fiat ei* 43, 4.

† Gaius, IV, 138-170. – Paul, V, 6. – Tit. 1., *de interdictis* 4, 15. – Tit. D., *de interdictis, sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt* 43, 1. – Tit. C., *de interdictis* 8, 1. — *Voy.* encore les deux discours de Cicéron, *pro Cæcina* et *pro Tullio.*—Nous avons aussi à signaler une récente publication de M. Machelard, *Théorie générale des interdits en droit romain.* Paris, 1865.

[1] Une réminiscence de cette considération (qui énonce la véritable origine des interdits) se trouve encore dans quelques endroits de nos sources et notamment dans les passages suivants du Digeste : Gaius, Fr. 13, D., *ad exhibendum* 10, 4. Cf. ci-après, t. II, § 285, note 2 et observation. – Paul, Fr. 14, pr. D., *de precario* 43, 26 et Ulpien, Fr. 14, § 11, D., *de furtis* 47, 2. Cf. ci-après, § 80, notes 2-5 ; § 90, iii et t. II, § 244, n° 3. C'est par la même considération que s'explique la règle que, sauf dans l'interdit *de vi,* la condamnation aux fruits et aux dommages et intérêts, ne remonte point au delà du moment où le préteur a donné l'interdit. Avant ce moment, il n'y a point, en effet, de lésion dans le sens juridique, à moins que la violence n'imprime ce caractère à l'acte dont se plaint le demandeur. Cf. ci-après, § 89, c et § 90, note 11.

[2] Gaius, IV, 139. « Certis igitur ex causis prætor aut proconsul principaliter (c'est-à-dire, « dès l'origine » ou plutôt « sans l'intervention du juge ». Cf. ci-après, note 17) auctoritatem suam finiendis controversiis proponit... et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulæ autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, *interdicta decretave* vocantur. »

laient *decreta*; cependant le mot *interdicta* s'employait fréquemment pour les deux espèces, et il est resté dans le droit nouveau comme terme technique pour désigner l'institution [3]. C'est probablement aux choses divines et publiques que les magistrats appliquèrent en premier lieu ce moyen de protection. Personne, en effet, ne saurait prétendre avoir un droit déterminé par rapport à ces choses, et pourtant il se peut que quelqu'un nous lèse en nous empêchant d'en faire l'usage qui compète à tout le monde. Une défense du préteur lèvera l'obstacle qui nous est arbitrairement opposé [4]. Le même moyen servait à assurer l'exercice de certains droits personnels ou individuels qui n'appartenaient pas, rigoureusement parlant, à l'ordre de la famille romaine et ne pouvaient, par conséquent, donner lieu à une action régulière [5]. Enfin l'application la plus importante des interdits en matière de droit privé est naturellement celle qui fut faite à des rapports juridiques présentant un intérêt patrimonial ou pécuniaire, *quæ ad rem familiarem spectant,* et parmi lesquels nous avons surtout à distinguer la possession [6].

Dans le principe, il n'y avait certes point de règles générales, déterminant les cas dans lesquels des décrets de ce genre pussent être obtenus : c'était au magistrat d'apprécier les faits dont le demandeur se plaignait et de décider ensuite si l'ordonnance sollicitée devait lui être accordée. Il est à supposer que bien rarement la partie adverse osait désobéir à l'interdit, ainsi obtenu après examen préalable des faits : que si cependant le cas se présentait, il est probable que le préteur employait la force

[3] Gaius, IV, 140. Les deux termes sont distingués avec soin dans la Lex de Gallia cisalpina, c. 19, pr., et au Fr. 1, pr. D., *de tabulis exhib.* 43, 5. Cependant, au Fr. 1, pr. D., *ut in flum. publ.* 43, 14, le mot *interdictum* est déjà employé pour désigner un *decretum,* et dans le droit nouveau, le terme est devenu général pour désigner la procédure dont nous parlons. § 1, I., *de interdictis* 4, 15. — Au reste, l'étymologie du mot *interdictum* est trop claire pour que nous ayons besoin de réfuter Théophile, qui le fait dériver de ce que la procédure se fait *inter duos,* et d'autres auteurs qui le mettent en rapport avec *interim,* comme l'*Interprétation visigothe* sur Paul, V, 6, 1, et Isidore, *Orig.* V, 25.

[4] Cf. ci-dessus, n[os] 124 et § 53, note 13. — Nous énumérerons ci-après, t. II, § 284, les divers interdits appartenant à cette catégorie.

[5] A cette catégorie appartiennent les interdits suivants : *Interdictum de libero homine exhibendo.* Cet interdit est *populare, libertatis tuendæ causa,* ne homines liberi retineantur a quoquam. § 1, I., *h. t.* Cf. Tit. D., *de libero homine exhibendo* 43, 29. — Les interdits *de liberis exhibendis et ducendis* et *de uxore exhibenda et ducenda.* § 1, I., *h. t.* et tit. D., *de liberis exhibendis* 43, 30. Cf. ci-après, t. III, §§ 309. 327. — *Interdictum de liberto exhibendo,* per quod prætor iubet exhiberi libertum cui patronus operas indicere velit. Gaius, IV, 162; § 1, I., *h. t.*, et ci-après, t. III, § 335 *in fine.* § 338.—*Interdictum,* quo iubet prætor exhiberi eum, cuius de libertate agitur. § 1, I., *h. t.* Cf. Fr. 12, pr. D., *ad exhibendum* 10, 4. *Voy.* encore ci-après, t. III, § 335 *in fine.*

[6] *Voy.*, pour les interdits possessoires, ci-après, §§ 88-90. — Les autres interdits *quæ ad rem familiarem spectant,* seront mentionnés quand nous nous occuperons des matières auxquelles ils se rapportent. On en trouve l'énumération dans la Table alphabétique qui termine le tome III de notre Cours.

publique pour se faire obéir; peut-être aussi, dans ce cas, le demandeur pouvait-il, déjà à cette époque, engager un *arbitrium* au moyen d'une *sponsio*, à l'effet d'obtenir l'exécution de l'ordre du préteur et la réparation du préjudice causé par la désobéissance de l'adversaire [7]. — Cependant, les préteurs ne tardèrent pas à faire connaître dans leurs édits les conditions auxquelles ils entendaient subordonner la faveur d'un interdit [8], et dès lors la procédure en cette matière fut naturellement assimilée à la procédure ordinaire [9]. Ainsi, quand, dès le premier abord [10], le magistrat reconnaissait que les prétentions de la partie demanderesse étaient inadmissibles, il refusait l'ordonnance demandée [11], comme, d'autre part, dans l'hypothèse contraire, il la donnait sur-le-champ d'une manière définitive quand le défendeur avouait les faits sur lesquels la demande était basée [12]. Enfin, quand, l'interdit ayant été sollicité conformément aux prescriptions de l'édit, le défendeur contestait les prétentions du demandeur [13], l'ordonnance n'en était pas moins donnée, mais dans une forme conditionnelle, absolument comme la *condemnatio* dans les actions ordinaires. Dès lors, à moins que le défendeur n'obtempérât volontairement

[7] *Voy.* ci-après, notes 19 sqq., et ci-dessus, § 70, notes 4 et 5. Cette marche est, au reste, conforme à celle suivie dans la revendication du temps des *legis actiones*, où nous trouvons également l'exécution par la force publique et l'*arbitrium de re restituenda*. *Voy.* ci-après, § 117. Or, il paraît évident que la procédure des interdits, au moins des interdits possessoires, se développa surtout d'après le modèle de la revendication. Voir ci-après, au § 89, les formalités de l'interdit *Uti possidetis*.

[8] Ou, pour nous servir d'une expression empruntée à la *Bonorum possessio hereditaria*, dans le principe les *interdicta* étaient *decretalia*, mais ils finirent par devenir *edictalia*. *Voy.* ci-après, t. III, § 372.

[9] *Voy.* cependant ci-après, note 17.

[10] Régulièrement, les interdits n'étaient accordés qu'après un débat contradictoire entre les deux parties. Cependant « *interdictum de libero homine exhibendo* et in absentem esse rogandum Labeo scribit; sed si non defendatur, in bona eius eundum est. » Fr. 3, § 14, D., *de libero homine exhibendo* 43, 24.

[11] Cic., *ad fam.* VII, 13. — Pr. I., *h. t.*, et Théophile, *ad h. l.* — Fr. 1, § 6, D., *ne quid in flum. publ.* 43, 13. — Fr. 1, § 3. Fr. 7, § 3, D., *quod vi aut clam* 43, 24.

[12] Fr. 6, § 2, D., *de confessis* 42, 2 — Fr. 1, § 1, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5.

[13] En déniant soit l'existence des conditions requises dans le chef du demandeur, soit les faits que celui-ci lui reprochait; ou bien en soutenant, de son côté, des faits qui, dans l'espèce, constituaient une *exceptio*. — Ainsi, dans l'interdit *quorum bonorum*, le défendeur pouvait contester la qualité du demandeur, la validité de la possession obtenue, etc. *Voy.* ci-après, t. III, §§ 372. 410. — Dans l'interdit *de tabulis exhibendis*, le défendeur pouvait soutenir n'avoir point le testament dont l'exhibition était demandée. Fr. 2, § 8, D., *testamenta quemadm. aperiantur* 29, 3; Fr. 1, § 1, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5. — Dans un interdit possessoire, le défendeur pouvait contester la possession du demandeur ou nier les faits de trouble ou de dépossession que le demandeur lui reprochait. Dans les *interdicta retinendæ possessionis*, il pouvait aussi, tout en admettant ces points, opposer à la demande le caractère vicieux de la possession de l'adversaire, *exceptio quod vi, clam aut precario*. *Voy.* ci-après, § 89. — Il pouvait y avoir également lieu à la prescription annale et à diverses autres exceptions : Cic., *pro Tullio*, 44; *ad familiares*, XV, 16. « In hoc interdicto non solet addi : *in hoc anno* ». — Fr. 1, § 16, D., *de fluminibus* 43, 12. — Fr. 1, pr. Fr. 7, § 3, D., *quod vi aut clam* 43, 24. — Fr. 1, § 3. 5, D., *de liberis exhibendis* 43, 30.

à l'ordonnance, il y avait nécessité de faire examiner et juger par un *iudex* (ou par des récupérateurs[14]) la question de savoir si la condition d'où dépendait l'efficacité de l'ordre du préteur [15] existait réellement en fait, et cet examen se faisait de la manière usitée dans les procès ordinaires [16]. En cas de contestation, la procédure différait donc de celle suivie dans les autres actions uniquement par ce que la constitution du *iudicium* était précédée d'une ordonnance du préteur. Cette différence, tout en n'influant point sur le fond, avait, sous le rapport de la forme[17], cette conséquence que l'action, donnée ensuite de l'interdit, ayant pour objet la question de savoir si le défendeur avait contrevenu à l'ordonnance du préteur, se présentait comme une action personnelle *in factum*, alors même que l'édit avait une rédaction impersonnelle et absolue [18].

A l'effet d'obtenir la constitution du *iudicium*, nécessaire pour vider le différend, les parties contractaient, suivant l'ancien usage, une gageure au moyen d'une *sponsio* réciproque, qui était *pœnalis* [19]. Ce procédé de-

[14] Gaius, IV, 141. « Nec tamen, cum quid iusserit fieri, aut fieri prohibuerit (prætor), statim peractum est negotium : sed ad iudicem recuperatoresve itur, et tum, ibi editis formulis, quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum (i. e. adversus interdictum) factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit... »

[15] C'est-à-dire, d'une part, l'existence des faits nécessaires pour donner au demandeur le droit de solliciter la protection qu'il réclame, d'autre part, la contravention dans le chef du défendeur. Ce n'est que lorsque ces deux éléments sont établis qu'il est permis de dire que « aliquid adversus prætoris edictum factum est. » Gaius, IV, 141.

[16] Les commentaires de Gaius, IV, 139-170, ne laissent plus aucun doute sur le point, autrefois fort contesté, que les interdits donnaient lieu à un *iudicium* quand le défendeur ne se soumettait point à l'ordonnance. Cela résultait, au reste, déjà avant la découverte de Gaius, de plusieurs témoignages décisifs. Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 19. — Cic., *pro Cæcina* 8, in f. « His rebus ita gestis, P. Dolabella prætor interdixit, ut est consuetudo, de vi hominibus armatis, *sine ulla exceptione*, tantum, ut, unde deiecisset, restitueret. Restituisse dixit. Sponsio facta est. Hac de sponsione vobis, recuperatores, iudicandum est. » — Le même, *ibidem*, 13. 14. « ... est actio per interdictum constituta ». — Quintilien, *inst. orat.*, VII, 5, 3. — Ulpiani *fragmenta*, ci-après, notes 20. 22. — Paul, IV, 7, 6. V, 6, 10. — Fr. 1, § 1. 2. D., *si ventris nomine* 25, 5. — Fr. 1, § 41, D., *de vi* 43, 16.—Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis* 43, 17.— Fr. 15, § 7. Fr. 21, pr. D., *quod vi aut clam* 43. 24. — Fr. 22, § 1, D., *de precario* 43, 26. — Fr. 3, § 3, D., *de liberis exhibendis* 43, 30, et Théophile, ad Pr. I., *de interdictis* 4, 15. Cf. Cic., *pro Tullio* 29. 44 sq. 53. — Aggenus, p. 80, 25 (68, Goës). « ... interdicti formula litigatur ».

[17] Nous faisons abstraction de la particularité (indifférente au point de vue qui nous occupe ici) que, par cet ordre, directement adressé aux parties, le préteur semble statuer lui-même principaliter) comme dit Gaius, IV, 139, ci-dessus, note 2), tandis que, dans les actions proprement dites, il ordonne au juge de statuer.

[18] Ulpien, Fr. 1, § 3, D., *h. t.* « Interdicta omnia, licet (c'est-à-dire : alors même que) videantur in rem concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. » Cette proposition d'Ulpien ne s'applique qu'à l'interdit rendu dans un cas donné. Le droit de demander l'interdit avait, dans certains cas, le même caractère absolu que le droit d'intenter une *in rem actio*, notamment dans les interdits tendants à l'exhibition d'une personne, dans l'interdit Salvien et dans l'interdit *Quorum bonorum*. Cf. ci-après, notes 36. 37.

[19] Cic., *pro Cæcina*, 16. — Gaius, IV, 165. « ... Actor provocat adversarium sponsione : ni contra edictum prætoris non exhibuerit aut non restituerit ; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur ». Cf. *ibidem*, 166 *in fine*.

meura toujours en vigueur dans les interdits proprement dits, c'est-à-dire dans les interdits prohibitoires, tandis que dans les autres hypothèses (interdits restitutoires et exhibitoires) on pouvait éviter la *sponsio* en demandant sur-le-champ au préteur la nomination d'un juge avec une formule arbitraire [20]. Si aucune des deux parties [21] n'usait de cette faculté devant le magistrat, *antequam ex iure exeat*, l'instance ne pouvait plus être engagée qu'au moyen de la gageure, ou, comme dit Gaius, *cum pœna* [22]. Dans tous les cas, la formule qui constituait le *iudicium* attribuait, en outre, au juge le pouvoir d'arbitrer les prestations à exécuter par le défendeur succombant [23]. La condamnation à ces prestations était, en effet, la conséquence naturelle du jugement rendu sur la gageure : aussi donnait-on à cette phase de la procédure le nom de *iudicium secutorium* [24].

D'où provenait cette diversité de procédure dans les interdits prohibitoires, d'une part, et dans les interdits restitutoires et exhibitoires, d'autre part? Il nous paraît impossible de découvrir une raison décisive fondée sur une différence matérielle entre les deux catégories indiquées. Peut-être l'origine en est purement historique, les interdits prohibitoires ayant été créés à une époque où la constitution d'un *iudicium* exigeait

[20] GAIUS, IV, 141. « ... Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet : ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur ».—ULPIANI *Fragmentum vindobonense*. II, 7. « *Restitutoria atque exhibitoria interdicta aut per formulam* arbitrariam explicantur, aut per sponsionem; semper prohibitoria vero per sponsionem explicantur. »

[21] GAIUS, *l. l.*, ne parle que du défendeur; mais il est plus que probable que le demandeur aussi avait le droit de solliciter *in iure* l'octroi d'une formule arbitraire, quand il le jugeait utile à ses intérêts, ce qui, à la vérité, ne devait avoir lieu que dans des cas exceptionnels. Cf. GAIUS, IV, 163. 175. 181. *Voy.* M. MACHELARD, pages 15 sqq.

[22] CIC., *pro Tullio*, 53. — GAIUS, IV, 141. « ... Et modo cum pœna agitur, modo sine pœna : cum pœna, velut cum per sponsionem agitur; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet : ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur. 162. Igitur, cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur... modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. 163. Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria... 164. Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex iure exeat, id est, antequam a prætore discedat. Sero enim petentibus non indulgebitur. 165. Si arbitrum non petierit (antequam ex iure exeat, id est, antequam a prætore discedat) sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. Nam actor provocat adversarium sponsione, si contra edictum prætoris non exhibuerit, aut non restituerit : ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. Deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis... » — ULPIANI *Fragmentum vindobonense* II, 8. « Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam per quam arbiter... »

[23] GAIUS, IV, 166-170. — La procédure était donc en tout analogue à celle qui avait toujours été suivie dans la revendication avant la création de la *petitoria formula :* d'abord *iudicium* (*strictum*) sur la gageure; ensuite, le cas échéant, un *arbitrium de re restituenda*, etc. *Voy.* ci-après, § 117.

[24] GAIUS, IV, 166 *in fine;* 169 *in fine.*

encore, au moins pour les cas nouveaux, le procédé synallagmatique de la gageure, tandis que, lors de la création des autres interdits, il suffisait de se trouver devant le préteur pour forcer l'adversaire à accepter le *iudicium* sur une question, prévue par l'édit [25]. Quoi qu'il en soit, la *sponsio* étant indispensable quand il s'agissait d'un interdit prohibitoire, l'édit et la jurisprudence développèrent cet élément pénal en cette matière, à tel point que l'un des plus importants des interdits prohibitoires pouvait être conduit de manière à amener cinq condamnations différentes [26].

Cet élément pénal qui dominait ainsi, à des degrés divers, la procédure par interdits devait avoir pour effet d'amener, dans la plupart des cas, la soumission volontaire du défendeur qui se sentait coupable. C'est probablement pour ce motif que des constitutions impériales vantent la nature expéditive des interdits [27]; car rien n'indique que, dans le cas où il fallait constituer un *iudicium*, la procédure ait eu une marche plus rapide que dans les actions ordinaires [28]. C'est encore sans doute cet avantage indirect qui empêcha les interdits de tomber en désuétude, alors que, par suite de la création d'actions nouvelles, qui se prêtaient à toutes les exigences de la vie sociale, l'emploi de moyens exceptionnels put paraître inutile. Nous voyons, en effet, déjà de bonne heure surgir diverses *in factum actiones*, prétoriennes et civiles, qui concourent électivement avec les interdits, comme plus tard aussi des *extraordinariæ cognitiones* [29]. Il est vrai que l'interdit envahit à son tour le domaine des

[25] C'est ainsi que la première application de la *condictio* exigeait encore une *sponsio* et *restipulatio tertiæ partis*, tandis que les *condictiones* de création plus récente s'introduisent sans gageure. *Voy.* ci-dessus, § 43, note 29. — On s'explique, au reste, aisément que la faculté d'éviter la gageure, en demandant immédiatement un *arbitrium*, n'ait pas été étendue aux interdits prohibitoires, par la raison que, dans cet *arbitrium*, le juge aurait dû examiner *si aliquid contra interdictum factum esset*, et que, évidemment, il ne pouvait y avoir violation de l'interdit au moment même où il était donné, puisque la défense qu'il portait ne concernait que l'avenir. *Voy.* ci-après, § 89.

[26] *Voy.* l'interdit *Uti possidetis*, § 89, note 5.

[27] Au moins dans certaines hypothèses : L. 5, Th. C., *de denunciatione* 2, 4. « . . Celeri reformatione... » — L. 4, Th. C., *unde vi* 4, 22. « ... Celeri redhibitione... » — L. 22, Th. C., *quorum appellationes* 11, 36 « ... beneficio celeritatis inventum... » — L. 6, § 1, I. C., *unde vi* 8, « ... illico possessio reddatur... » — La L. 1, Th. C., *quorum bonorum* 4, 21 (L. 3, I. C., *eodem* 4, 2) « ... omnibus frustrationibus amputatis, » si on la combine avec L. 4, I. C., *de interdictis* 8, 1, « ruptis *veteribus* ambagibus « semble plutôt indiquer le contraire. *Voy.* la note suivante.

[28] Sauf peut-être dans le cas où le *iudicium* avait lieu devant des récupérateurs. *Voy.* ci-dessus, note 14, combinée avec le n° 100 *in f.* et § 68, note 9. L'exemple de l'interdit *Uti possidetis* est là pour nous prouver que la procédure en matière d'interdits pouvait être extrêmement compliquée. *Voy.* ci-après, § 89, et les deux derniers textes de la note précédente.

[29] Déjà Dioclétien, L. 17, C., *emti* 4, 49, proclame le concours électif des interdits avec toute *actio permissa*. A) *Voy.*, pour les actions prétoriennes *in factum* : Paul, V, 6, 2. — Fr. 9, D., *de religiosis* 11, 7. — Fr. 1, pr. D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8, et ci-après, t. II, § 300 *in f.* *Voy.* aussi ci-après, note 34 ; § 90, 1 et ci-dessus, § 70, note 51. — B) Parmi les *civiles in factum actiones*, nous avons à signaler les *condictiones*, tendantes à obtenir la restitution d'une possession

extraordinaria iudicia [30]; mais ce fait même n'a pu qu'accélérer l'assimilation des diverses procédures, que la fusion du *ius* et du *iudicium* et la disparition des cautions finirent par achever. Justinien nous apprend que, de son temps, le décret du magistrat, qui constituait toujours une particularité (purement formelle à la vérité) des interdits, n'a plus besoin d'être rendu [31], et dès lors, bien que le terme technique, consacré par un usage séculaire, ait été maintenu, il n'y a plus en réalité aucune différence entre les actions ordinaires et les interdits [32].

Il est probable que la demande d'un interdit devait se faire dans un délai déterminé; quant à l'action à poursuivre [33] ensuite de l'interdit, elle se prescrivait régulièrement, comme les autres actions prétoriennes, par le laps d'une année utile [34].

Les interdits étant dans le droit nouveau de vraies actions, il aurait fallu y appliquer la *summa divisio* en *in rem* et *in personam actiones* [35]. Nous ne voyons pourtant nulle part que cette application ait été faite [36],

qui se trouve sans juste cause dans les mains d'un autre. (*Voy.* ci-après, § 88, note 6; t. II, § 194, note 8, et § 276 *in fine*), et surtout la *condictio* ou *præscriptis verbis actio* dans le précaire. *Voy.* ci-après, § 90, III, et t. II, § 244, n° 3. — *C*) Fr. 1, § 1, D., *de inspiciendo ventre* 25, 4. — Fr. 1, § 2, D., *si ventris nomine* 25, 5. — Fr. 3, pr. § 1, 2, D., *ne vis fiat ei* 43, 4, et ci-dessus, § 70, note 51.

30 L. 1. 2. 4, C., *h. t.* — Diocl. et Max., L. 3, C., *eodem.* « ... Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent : tamen ad exemplum eorum res agitur. » — L. 2, C., *unde vi* 8, 4.

31 § 8, I., *de interdictis* 4, 15. « ... Nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia) non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. »

32 Déjà l'édit du préteur (à moins que les rédacteurs du Digeste n'aient changé le texte de l'édit, ce qui paraît peu probable), après avoir parlé d'un interdit, ajoute : « si qua ALIA actio postulabitur ». Fr. 1, pr. D., *de superficiebus* 43. 18. — L'interdit *quod vi aut clam* est qualifié de *actio* aux Fr. 43, D., *de lege Aquilia* 9, 2, et Fr. 3, pr. D., *de mortuo inferendo* 11, 8. — Le Fr. 37, D., *de obl. et act.* 44, 7, attribué à Ulpien, dit expressément : « Interdicta quoque actionis verbo continentur. 1. *Mixtæ* sunt *actiones* in quibus uterque actor est : utputa..... interdictum Uti possidetis, Utrubi ». — Enfin, au Fr. 1, pr. D., *de vi* 43, 16, le passage de l'édit qui traite de l'interdit *de vi* est rédigé, non pas comme l'exigerait un interdit, mais dans la forme usitée pour les *actiones* proprement dites : IUDICIUM DABO au lieu de RESTITUAS. Cf. ci-après, § 90, note 1.

33 Paul, IV, 7, 6. — Fr. 1, § 4, D., *h. t.* « Interdictorum quædam annalia sunt, quædam perpetua ». — Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17 et *passim.* — Cf. M. Machelard, p. 27 sqq.

34 Cependant même les *interdicta annalia* sont habituellement donnés *post annum* (ou bien remplacés par une *in factum actio*) jusqu'à concurrence de ce dont le défendeur se trouve enrichi, *in id quod ad eum pervenit.* Fr. 4, D., *h. t.* — Fr. 1, pr. Fr. 3, § 12, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 35, D., *de obl. et act.* 44, 7, ci-dessus, § 59, note 7. — Fr. 7, § 5, D., *communi dividundo* 10, 3.

35 *Voy.* ci-dessus, § 50.

36 Ce reproche s'adresse à Justinien et non pas aux jurisconsultes classiques pour qui toute action, née d un interdit, était essentiellement *in personam.* Cf. ci dessus, note 18. On pourrait tenter de justifier l'oubli de Justinien en faisant valoir que les rapports qui servent de base aux interdits *in rem* ne constituent pas des droits absolus; mais cette tentative n'est pas admissible en présence de la définition qu'il donne lui-même de l'*actio in rem : qua agimus cum eo qui nullo iure nobis obligatus est.* Ci-dessus, § 50, note 3.

bien que la division existe très-réellement [37]. Par contre, nos sources énumèrent un grand nombre d'autres divisions dont aucune ne repose sur une base essentielle [38], du moins dans la législation de Justinien [39]. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer celle qui est fondée sur ce que les interdits peuvent se rapporter soit à des choses publiques ou religieuses, soit à des interdits privés [40]; parmi les autres divisions, il suffit de signaler les suivantes [41] :

1° *Interdicta prohibitoria, restitutoria, exhibitoria.* Les premiers sont ceux par lesquels le magistrat défend de faire quelque chose et qui, dans l'origine, s'appelaient *interdicta* par excellence. Les *restitutoria* et *exhibitoria* tendent à obtenir la restitution ou l'exhibition d'une chose et formaient anciennement la catégorie des *decreta* [42].

2° *Interdicta adipiscendæ, retinendæ* et *recuperandæ possessionis.* Cette division, qui ne se rapporte qu'aux interdits ayant pour objet des intérêts patrimoniaux ou pécuniaires, *quæ ad rem familiarem spectant,* trouvera son explication plus tard [43].

[37] La plupart des interdits, comme en général la plupart des actions, sont *in personam.* Mais nous devons ranger parmi les *in rem actiones :* l'interdit Salvien (§ 167), l'ancien *interdictum possessorium* accordé au *bonorum emtor* (t. II, § 299), l'interdit *Quorum bonorum* (t. III, § 410); et parmi les *interdicta in rem scripta* ou *concepta,* l'interdit *quod vi aut clam* et quelques autres interdits s'appliquant aux rapports de voisinage (t. II, § 285), quelques interdits exhibitoires (§ 285 *in f.*), l'interdit fraudatoire (§ 300), l'interdit *quod legatorum* (t. III, § 424).

[38] Cela est si vrai que le même interdit peut, suivant les circonstances, appartenir à deux catégories de la même division. Cf. ci-après, notes 42. 43.

[39] Pour la plupart de ces divisions, il en était de même déjà du temps des jurisconsultes classiques. Il n'y a guère que la division en interdits prohibitoires et non prohibitoires qui ait eu une sérieuse importance au point de vue de la procédure. Cf. ci-dessus, notes 19-26.

[40] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « ... Et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. *Divinis,* ut de locis sacris, vel de locis religiosis. De *rebus hominum* interdicta redduntur aut de his quæ sunt alicuius, aut de his quæ nullius sunt. Quæ sunt *nullius* hæc sunt : liberæ personæ, de quibus exhibendis, ducendis interdicta competunt. Quæ sunt *alicuius* hæc sunt : aut publica, aut singulorum. *Publica* de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis *rel.* — Fr. 2, § 1, D., *eodem.* « Interdicta autem competunt vel hominum causa, *vel divini iuris, aut de religione,* sicut est, *ne quid in loco sacro fiat...* Hominum causa competunt, vel ad publicam utilitatem pertinentia, vel sui iuris tuendi causa, vel officii tuendi causa, vel rei familiaris. Publicæ utilitatis causa (cf. t. II, § 284).... Reliqua interdicta *rei familiaris* causa dantur ». — *Res familiaris* signifie les rapports *patrimoniaux* ou *pécuniaires. Voy.* ci-dessus, note 6; ci-après, note 43, et t. III, § 301, note 1.

[41] D'autres divisions se trouvent aux Fr. 1, pr. § 1. 2. Fr. 2, § 1. 2, D., *h. t.* — Ajoutons, de notre côté, les interdits populaires, ci-dessus, § 53, IV.

[42] GAIUS, IV, 142. — § 1, I., *h. t.* — Fr. 1. § 1, D., *h. t.* « ... Sunt tamen quædam interdicta et mixta, quæ et prohibitoria sunt et exhibitoria. » — Il faut bien admettre qu'il y avait également des *interdicta mixta, quæ et prohibitoria sunt et restitutoria.* Fr. 1, § 1, D., *de aqua quotidiana* 43, 20. — Fr. 3, § 2, D., *ne vis fiat ei.* 43, 4. *Voy.* aussi ci-dessus, § 50, note 17.

[43] GAIUS, IV, 143. — § 27, I., *h. t.* 4, 15. — Fr. 2, § 3, D., *eodem* 43, 1. « Hæc autem interdicta, quæ ad rem familiarem spectant, aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ, aut retinendæ possessionis... Sunt interdicta (ut diximus) duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis. » La dernière phrase de ce texte a beaucoup embarrassé les jurisconsultes

3° *Interdicta simplicia* et *duplicia*. La signification de ces termes est la même que celle que nous avons donnée en parlant des *iudicia simplicia* et *duplicia* [44]. Les interdits simples forment la règle; il n'y en a de doubles que parmi les interdits prohibitoires [45].

Observation. Par suite des renseignements insuffisants qui se trouvent dans le corps de droit de Justinien et qui n'ont été complétés que par la découverte de Gaius, les jurisconsultes des siècles derniers n'étaient guère à même de se former une idée exacte sur la matière que nous venons d'exposer. Étendant à l'institution entière des particularités qu'ils rencontraient ou croyaient rencontrer dans certaines espèces ou catégories d'interdits, ils furent amenés à introduire dans cette matière des erreurs graves qui n'ont pas laissé que de réagir même sur les législations modernes [46]. La plupart des difficultés que notre institution paraît présenter disparaissent quand on se pénètre bien de ce fait fondamental que les interdits, tout en étant, dans le droit nouveau, de vraies actions, n'étaient originairement que des expédients, ayant pour but de combler les lacunes de la législation, en protégeant des rapports qui n'avaient point le caractère de droit. Des institutions de ce genre sont indispensables dans toute législation qui veut rester au courant des besoins pratiques [47] : aussi

modernes, jusqu'à ce que la découverte d'un fragment d'Ulpien dans un manuscrit de Vienne, par M. Endlicher, ait confirmé la proposition qu'elle renferme par deux exemples d'interdits *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*. Ulpiani *fragmentum vindobonense*, II, 6. « ... adipiscendæ quam recuperandæ possessionis, qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem. Nam, si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive an[tea posse]di, deinde amisi possessionem ». Cf. ci-après, § 117 *in fine*. — Nous avons donné, plus haut, notes 20 et 22, le texte de deux autres fragments d'Ulpien, traitant également des interdits et provenant de la même source.

44 *Voy.* ci-dessus, § 53, II, et Gaius, IV, 156. – § 7, I., *h. t.* – Fr. 2, § 3, D., *eodem*.

45 Notamment les interdits *retinendæ possessionis* et *de superficiebus*, ci-après, §§ 89. 152; ainsi que les interdits *de aqua*, ci-après, § 158, n° 2.

46 Particulièrement on prétendait : 1° que le jugement dans les interdits n'avait qu'un effet provisoire; 2° que, par suite, la procédure avait un caractère sommaire et que l'on s'y contentait de preuves incomplètes. La fausseté de ces deux propositions résulte déjà implicitement de l'exposé que nous avons donné ; nous aurons, dans la suite, plus d'une occasion de compléter la démonstration. Ici il suffit de dire, en ce qui concerne le dernier point, d'une part que la marche de la procédure dans les interdits peut, suivant les circonstances, être fort expéditive ou fort compliquée (ci-dessus, notes 27. 28), et d'autre part, que si, dans quelques interdits, on se contente de preuves incomplètes, c'est un fait exceptionnel qui, d'ailleurs, se rencontre aussi dans certaines actions proprement dites. Cf. ci-après, t. II, § 285 observation. Quant au caractère provisoire du jugement des interdits, nous verrons ci-après, que, le plus souvent, il n'est qu'apparent, même dans les interdits concernant la possession qu'on invoque surtout à l'appui de la thèse, et que dans les hypothèses où nous le rencontrons réellement, il est dû à la nature particulière, non pas des interdits, mais du rapport qui, dans un cas donné, sert de base à l'action. *Voy.* ci-après, § 88, obs., et § 167 ; t. II, § 285, observation. On peut, au reste, dès à présent se convaincre que le jugement d'un interdit pouvait statuer d'une manière tout à fait définitive sur l'existence d'un droit, en lisant les Fr. 3, § 13, D., *de itinere* 43, 19, et Fr. 1, § 45, D., *de aqua* 43, 20. Cf. ci-après, § 158, n°s 1 et 2.

47 Aussi l'usage fréquent des interdits est-il attesté par Cic., *pro Cæcina*, 13, où l'auteur nous

trouvons-nous dans nos codes les référés, moyens de droit qui, sans avoir subi la moindre influence du droit romain, ne laissent pas que de présenter une grande analogie avec les interdits [48]. Il est vrai que le législateur moderne semble avoir circonscrit assez rigoureusement le domaine des ordonnances sur référé; mais les besoins sociaux parlent plus haut que la loi. Il suffit de consulter les annales de la jurisprudence pour se convaincre que, surtout dans les grandes agglomérations urbaines, les termes limitatifs de l'article 806 du Code de procédure civile sont interprétés d'une manière très-large, qui permet aux magistrats de combler les lacunes que la législation peut présenter dans la pratique et de consacrer efficacement des rapports juridiques que la loi n'a pas prévus tels qu'ils se présentent dans les affaires journalières.

DE LA RESTITUTION EN ENTIER †.

§ 72. *Notion et conditions requises.*

Nous avons eu bien des fois l'occasion de faire remarquer l'extrême rigueur du *ius civile*, dans lequel fréquemment la forme emportait le fond. En effet, un acte librement consenti par les parties pouvait souvent ne pas sortir ses effets; mais, par contre, souvent aussi un acte était civilement valable, bien qu'il consacrât une iniquité flagrante. Plus l'influence du *ius gentium* augmenta, plus on sentit les inconvénients de cet état de choses : le préteur dut naturellement chercher à y porter remède. A cet effet, il accordait des exceptions, il créait même des actions nouvelles; mais il pouvait se présenter des cas dans lesquels ni l'un ni l'autre de ces moyens ne suffisaient, particulièrement lorsqu'un acte contraire à l'équité avait eu pour effet d'éteindre un droit. Alors le magistrat avait recours à un moyen plus hardi : il usait de son *imperium*, et annulait les conséquences fâcheuses qui auraient dû résulter de l'acte, en considérant celui-ci comme non avenu; il remettait les choses en l'état où elles s'étaient trouvées avant la passation de l'acte. Cela s'appelait restituer en entier, *in integrum restituere* [1]. Ce pouvoir du magistrat était une émanation de

parle du préteur « qui dies totos aut vim fieri vetat, aut restitui factam iubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit. »

[48] Cf., entre autres, ce que nous dirons de l'interdit Salvien, ci-après, § 155, note 17.

† PAUL, I, 7. — Tit. Th. C., *de integri restitutione* 2, 16. — Tit. D., *de in integrum restitutionibus* 4, 1. — Titt. I, C., 2, 20-55. — En rappelant l'observation que nous avons faite ci-dessus, § 50, note 7, nous faisons remarquer que les Romains disent ordinairement *in integrum restitutio, integri restitutio*, et que l'inversion : *restitutio in integrum* ne se rencontre que rarement.

[1] C'est du moins la signification originaire du mot *restituere*. PAUL, I, 7. 1. « *Integri restitutio* est redintegrandæ rei vel causæ actio. » — Cependant les jurisconsultes modernes lui donnent souvent un sens plus étendu en l'employant toutes les fois qu'il s'agit de réparer un dommage

son *imperium* et ne compétait point aux *iudices*. Les magistrats municipaux mêmes n'avaient pas le droit de restituer [2]. Par la suite, on accorda ce pouvoir aux juges ordinaires [3], et on pouvait le faire avec d'autant plus de sûreté, que l'édit et la jurisprudence avaient développé et fixé les règles de cette institution, autrefois abandonnée à l'arbitraire du magistrat suprême [4].

Pour que la restitution en entier puisse être demandée, on exige la réunion des quatre conditions suivantes : 1° Il faut que l'acte ou le rapport de droit contre lequel on veut être restitué soit susceptible de restitution [5]. On ne peut demander la restitution contre un délit qu'on a commis soi-même, ni contre un acte dans lequel on s'est rendu coupable de fraude [6]. La restitution n'est pas non plus admise contre un jugement rendu en vertu d'un serment déféré entre parties, contre la prescription de trente ou de quarante ans, contre les ventes faites par le fisc [7]. — 2° Il faut que celui qui demande la restitution ait éprouvé une lésion par l'acte contre lequel il veut être restitué, ou qu'il soit au moins exposé à

quelconque causé par un acte, quand même le remède qui sert à cet effet n'aurait pas pour effet de *rétablir* l'ancien état de choses, mais uniquement de faire obtenir des dommages et intérêts. Dans cette acception, qui, au reste, n'est ni rationnelle ni conforme au langage de nos sources (Arg. Fr. 7, § 1, D., *h. t.* – Fr. 1, § 6, D., *de dolo malo* 4, 3. – L. 3, C., *quibus ex causis maiores* 2, 54, combinés avec ce que nous dirons ci-après, t. II, § 202, sur le dol dans les *negotia bonæ fidei*), on comprend parmi les *restitutiones* plusieurs actions et exceptions que nous examinerons dans la suite aux endroits convenables, savoir l'*actio* et l'*exceptio quod metus causa*, l'*action* et l'*exception de dol*, les actions données contre l'aliénation faite en fraude des créanciers (*actio Pauliana*) et contre l'*alienatio iudicii mutandi causa facta*. *Voy.* DE SAVIGNY, *System*, t. VIII, § 316, et ZIMMERN, *Traité des actions*, §§ 102. 103.

[2] Fr. 26, D., *ad municipalem* 50, 1. « Ea quæ magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. 1. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere *rel.* »

[3] Tit. C., *ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit* 2, 47.

[4] Aussi y a-t-il, dans le droit nouveau, appel de la décision qui statue sur une demande en restitution, aussi bien que de toute autre demande judiciaire. L. 1, C., *si sæpius in int. rest. postulatur* 2, 44.

[5] Tit. C., *in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est* 2, 41. *Voy.* aussi les titt. C., 2, 27-40. — En général, comme la restitution est un moyen extrême, la loi exige que le dommage contre lequel on demande à être restitué ne soit pas trop minime. L. 1, C., *si adversus donationem* 2, 30. – L. 1, C., *si adversus fiscum* 2, 37. Cf. Fr. 4, D., *h. t.* Il ne faut pourtant point exagérer cette considération. Les Fr. 9, pr. § 1. Fr. 49, D., *de minoribus* 4, 4; L. 1, C., 2, 29; L. 3, C., 2, 37, où il est question de *grande damnum, magnum detrimentum, nimis exiguum pretium*, appartiennent à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-après, § 73, note 18.

[6] Tit. C., *si adversus delictum* 2, 35. Cf. Fr. 16. 26, § 6, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.— Fr. 9, § 2-5, D., *de minoribus* 4, 4.

[7] Fr. 31, D., *de iureiurando* 12, 2. — L. 3, C., *de præscr. XXX vel XL annor.* 7, 39, « Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda. » – L. 3, C., *si adv. fiscum.* 2, 37, et L. 5, C., *de fide et iure hastæ fiscalis* 10, 3. — La restitution n'est pas admise contre l'affranchissement d'un esclave (tit. C., *si adv. libert.* 2, 31. Cf. Fr. 11, § 1. Fr. 33, D., *de min* 4, 4), ni contre la prescription de certaines actions. Fr. 2, § 1, D., *ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur* 10, 15.

souffrir un préjudice [8]. Si l'acte n'est point la cause effective de la perte dont le demandeur se plaint, il n'y a pas lieu à restitution [9]. — 3° Il faut une juste cause de restitution. Autrefois l'appréciation de la cause était abandonnée aux lumières du magistrat; mais l'édit et la jurisprudence ont fini par établir des règles fixes que nous exposerons ci-après, au § 74. — 4° Enfin la restitution n'est accordée que s'il n'y a point d'autres moyens de réparer ou de prévenir le dommage dont il s'agit [10].

Si ces conditions se trouvent réunies, la restitution peut être demandée par la personne lésée, ainsi que par ses successeurs *per universitatem* [11]. Elle doit être demandée contre la personne intéressée à l'acte qui implique lésion pour nous [12], ou contre les héritiers de cette personne [13]. Exceptionnellement cependant, alors surtout qu'il n'y a pas d'autre moyen de rendre la restitution efficace, la demande peut aussi être dirigée contre des tiers, particulièrement, quand il s'agit de nous faire ravoir une chose, contre ceux qui se trouvent actuellement en possession de cette chose. On dit alors qu'elle est donnée *in rem* [14]. Enfin, on doit admettre que,

8 Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2. – L. 5, pr. C., *de int. rest. minorum* 2, 22. Mais la lésion étant constante, la réparation doit embrasser tout le préjudice causé, quelles qu'en soient la nature et l'étendue. Fr. 5, § 6. Fr. 6, 34, § 1. Fr. 35, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 41, D., *de receptis* 4, 8. – L. 2, C., *si adversus rem iudicatam* 2, 27. Cf. ci-après, t. II, § 175, notes 7-9, et Fr. 7, § 6, D., *de minoribus* 4, 4. « ... et in lucro minoribus succurratur. » – Fr. 7, § 7. 8. Fr. 24, § 2. Fr. 44, D., *eodem*. – Fr. 27, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. Mais *voy.* Fr. 17, § 3, D., *de usuris* 22, 1, et ci-après, § 74, note 46. Nous avons fait observer ci-dessus, note 5, que la lésion ne doit pas être trop minime.

9 Particulièrement, la restitution est refusée quand le dommage est la suite d'un cas fortuit (Fr. 11, § 4. 5, D., *de minoribus* 4, 4), à plus forte raison, quand la lésion provient de notre faute. Fr. 21, pr. D., *quod metus causa* 4, 2. – Fr. 15, § 3. Fr. 16, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. *Voy.* cependant ci-après, § 74, notes 5 et 10.

10 Fr. 16, pr. § 1. 3, D., *de minoribus* 4, 4. – Tit. C., *in quibus causis* 2, 41. *Voy.* cependant ci-après, § 74, notes 7 et 8.

11 Fr. 1. 2. 6, D., *de int. rest.* 4, 1. – Fr. 18, § 5. Fr. 19, D., *de minoribus* 4, 4 et *passim*.— Une *successio in singulam rem* ou *causam* n'autorise point le successeur à se prévaloir du bénéfice de restitution qui a pu appartenir à son auteur, à moins que celui-ci ne lui en fasse cession. Fr. 24, pr. D., *de minoribus* 4, 4; Fr. 25, D., *de adm. tutorum* 26, 7; Fr. 20, § 1, D., *de tutelæ actione* 27, 3; Fr. 95, § 3, D., *de solutionibus* 46, 3, et ci-après, t. II, § 189, note 16. — Pour les cautions, *voy.* ci-après, t. II, § 265.

12 C'est-à-dire contre la personne avec laquelle nous avons fait l'acte préjudiciable ou qui y est intéressée directement, par exemple, notre adversaire dans un procès où nous avons fait une omission contre laquelle il y a lieu à restitution. Fr. 9, pr. D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 13, § 1, D., *eodem*. « . . . . . si minor... fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit : si quidem emtor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam : si ignoravit et prior emtor solvendo esset, non esse faciendam : sin vero non esset solvendo, æquius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emtor est. » Fr. 14. 15. 49, D., *eodem*. – L. 10, C., *de rescind. vendit.* 4, 44.

13 L. 7, C., *de in integrum restitutione minorum* 2, 22.

14 Paul, I, 7, 4. – Fr. 9, pr. in f. D., *de minoribus* 4, 4 « ... interdum... si grande damnum sit minoris... » – Fr. 13, § 1, D., *eodem*. « Interdum autem restitutio et *in rem* datur minori, id est, adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum... si prior emtor... non esset

dans certains cas, il est permis de la demander au magistrat sans diriger la requête contre une personne déterminée, par exemple, quand un mineur veut être restitué contre la renonciation à une hérédité qui est encore vacante [15]. — Remarquons encore que la restitution ne peut être demandée par les enfants contre leurs père et mère, ni par le client contre son patron [16].

§ 73. *Mode et effet de la restitution.*

On peut faire valoir le bénéfice de la restitution par voie d'action ou par voie d'exception [1]. Dans tous les cas, elle doit être demandée au magistrat, lequel ne l'accorde que *causa cognita* [2], c'est-à-dire après avoir examiné si les conditions de droit et de fait requises se rencontrent dans l'espèce [3]. La procédure pouvait être plus ou moins compliquée, selon la nature de l'affaire à décider. Souvent, en effet, quand il était évident que le cas réunissait toutes les conditions voulues, le préteur pouvait sur-le-champ donner son décret, contenant la restitution et en même temps les conséquences qui devaient en résulter [4]. Cela avait lieu non-seulement quand le but de la restitution était uniquement d'éviter une perte ou d'annuler un acte [5], mais encore souvent quand il s'agissait de rétablir un rapport légal qui avait existé avant l'acte contre lequel on

solvendo... » Cf. ci-dessus, note 12. – Fr. 17, pr. D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. – Fr. 39, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. – L. 3, C., *de restit. militum* 2, 51. – L. 2, C., *de uxoribus militum* 2, 52. — Il est à remarquer que dans tous ces passages il s'agit de mineurs ou de soldats. Le Fr. 18, D., *de interrogat. in iure* 11, 1, traite d'un cas tout à fait particulier. — Il importe encore de faire observer que la restitution pour cause de violence est *in rem scripta*. *Voy.* ci-après, § 74, nº 2.

[15] Arg. Fr. 3, § 7. Fr. 7, § 5. Fr. 24, § 2, D., *de minoribus* 4, 4. Cf. Fr. 29, § 2, D., *eodem*, et ci-après, § 73, note 15. – Tit. C., *si minor ab hereditate se abstineat* 2, 39.

[16] L. 2, C., *qui et adversus quos in int. rest.* 2, 24. — *Voy.* cependant *Nov.* 155.

[1] Fr. 9, § 3, D., *quod metus causa* 4, 2. – Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2.

[2] Paul, I, 7, 3. « Integri restitutio plus quam semel non est decernenda : ideoque *causa cognita* decernitur. » – Fr. 3, D., *de in int. rest.* 4, 1. « Omnes in integrum restitutiones *causa cognita* a prætore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit. – Fr. 11, § 3. Fr. 13, pr. Fr. 43. 44. 47, pr. D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2. – L. 1, C., *de officio prætoris* 1, 39. – L. 1, C., *si adversus solutionem* 2, 33 et *passim*.

[3] Il est possible que parfois le magistrat ait chargé un *iudex* de l'examen des faits. Fr. 9, § 4, D., *de iureiurando* 12, 2. « *Plerumque ipsum* prætorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere ».–Fr. 33, D., *de re iudicata* 42, 1.—Dans ces cas, la restitution devait être *conditionnelle* comme la condamnation dans les actions ordinaires.

[4] Les commentateurs distinguent encore si la restitution se fait *brevi manu*, c'est-à-dire sans que l'adversaire ait été entendu, ou *cognitione prætoria*, c'est-à-dire après un débat contradictoire. Cette distinction n'a aucune importance pour nous.

[5] Par exemple, quand on demande à être relevé d'une déchéance résultant de l'omission d'une formalité de procédure, ou à faire déclarer non avenue une adition d'hérédité. Fr. 21, § 5, D., *quod metus causa* 4, 2. Dans ces cas, en effet, il suffit de la déclaration du magistrat.

demandait à être restitué. Cependant, dans ce dernier cas, la procédure pouvait devenir plus compliquée, particulièrement quand on voulait obtenir la restitution d'une action qu'on avait perdue. Parfois, en effet, le préteur se bornait à déclarer que le droit d'où cette action résultait était rétabli : dès lors celui en faveur duquel la restitution était faite devait encore poursuivre son droit au moyen de l'action restituée, laquelle, par ce motif, était alors appelée *iudicium restitutorium*, *actio rescissoria* [6]. A cette action les modernes opposent ordinairement, sous le nom de *iudicium rescindens* * [7], le décret du magistrat qui la précède comme une espèce de *præiudicium*.

Le délai pendant lequel on pouvait demander la restitution en entier était, dans la plupart des cas, d'une année utile, que Justinien remplaça par quatre années continues [8]. Il commence à courir, non pas du jour où l'acte contre lequel on veut être restitué a été fait, mais du jour où la *causa restitutionis* a cessé [9].

A partir du moment où la restitution est demandée, tout reste dans le *statu quo;* il doit même être sursis à l'exécution d'un jugement définitif contre lequel elle est implorée [10]. — L'effet de la restitution obtenue est, en général, de mettre les choses en l'état où elles s'étaient trouvées avant l'acte contre lequel la restitution a été obtenue [11]. Le restitué peut donc demander tout ce qu'il a perdu par suite de cet acte; particulièrement

[6] Cette *actio rescissoria* était une *fictitia* ou *utilis actio*. Gaius, IV, 38. « ... Introducta est contra (deminutum) utilis (actio), rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus... non esse. » — § 5, I., *de actionibus* 4, 6, et Théophile, *ad h. l.* — Fr. 21, § 6, D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 13, § 1, D., *de minoribus* 4, 4.—Fr. 28, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.—L. 5, C., *eodem* 2, 54. *Voy.* aussi le Fr. 45, D., *eodem*, où le préteur *crée* même une action que le fait, contre lequel la restitution est demandée, avait empêchée de prendre naissance. — En général, il dépendait sans doute du magistrat de terminer tout par lui-même ou bien de choisir la procédure plus compliquée, qui exigeait le *iudicium restitutorium*. Il paraît cependant que, dans certains cas, cette dernière était exclusivement en usage. Gaius, III, 84. IV, 38. — Fr. 2, § 1, D., *de capite minutis* 4, 5.

[7] Plusieurs auteurs se sont élevés avec raison contre ce terme, qui semble indiquer que, dans la restitution, il y aurait eu deux *iudicia*. Vinnius, ad § 5, I., *de act.* et *Selectæ quæstiones* 1, 10, fait observer que cette dénomination trahit de la part de celui qui l'a inventée une grande ignorance de la procédure romaine. Ce raisonnement est fondé; mais l'auteur va trop loin quand il soutient qu'il ne fut jamais besoin de *iudicium restitutorium*. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les passages où il est dit que le préteur *dat* ou *restituit iudicium* ou *actionem, rescissa usucapione vel capitis deminutione*. Gaius, III, 84. IV, 38. — § 5, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 46, § 3, D., *de procurat.* 3, 3. — Fr. 9, § 3. 4. 7, D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 13, § 1, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 26, § 7. 8, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Fr. 39, D., *de evictionibus* 21, 2. — L. 5, C., *ex quibus causis maiores* 2, 54.

[8] L. ult. C., *de tempor. in int. rest.* 2, 53. — *Voy.* aussi L. 2, Th. C., *de integri restit.* 2, 16, et ci-dessus, § 39, note 1.

[9] L. ult. C., *citée*. — L. 5, pr. C., *eodem*. — Cf. Fr. 19, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 1, § 1, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6.

[10] L. 1, C., *in int. restitutione postulata ne quid novi fiat* 2, 50.

[11] Paul, I, 9, 7. — Fr. 9, § 2. 4. 7. Fr. 21, § 5. 6, D., *quod metus causa* 4. 2. — Fr. 7, § 10,

quand il obtient restitution d'une chose, il peut aussi en demander les fruits et les accessoires [12]. Mais, par contre, il doit rendre tout ce qu'il a gagné de son côté ensuite de l'opération et, en outre, tenir la partie adverse indemne des actes de gestion loyalement faits par elle [13]. S'il n'est pas nécessaire d'annuler l'acte dans son entier, le juge se bornera à en réduire les conséquences à ce qui lui paraît équitable [14]. — Ces effets ont toujours naturellement lieu entre les personnes qui ont été parties à la demande [15]. Cependant, quand la restitution est prononcée à l'égard d'un rapport de droit absolu [16], et notamment quand elle nous réintègre dans une *in rem actio*, nous pouvons exercer cette action, conformément à sa nature, même contre des personnes qui n'ont pas participé au *iudicium rescindens** [17]. Cette conséquence est inévitable, mais il est évident qu'elle porte une grave atteinte aux principes [18]. Il n'en est pas de même de certaines hypothèses où, par des raisons extrinsèques, mais découlant de la nature des choses [19], la sentence qui ordonne la restitution opère au profit de personnes tierces. Ainsi la caution profite, en général, de la restitution obtenue par le débiteur principal, par la raison que le cautionnement, acte essentiellement accessoire, ne saurait survivre à l'obligation principale [20]. La restitution contre l'adition ou la répudiation d'une hérédité produit ses effets à l'égard de toutes les personnes intéressées à

11. 12. Fr. 8. Fr. 24, § 4. « ... Ut unusquisque ius suum integrum recipiat. » Fr. 27, § 1. 2. 3. Fr. 47, § 1. Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 23, § 2. Fr. 28, § 6. Fr. 29, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Fr. 19, D., *de novationibus* 46, 2. — L. 1, C., *de reputationibus* 2, 48 et *passim*.

[12] *Voy.* la note précédente.

[13] Paul, I, 9, 7. — Fr. 7, § 5. Fr. 22. 24, § 2. 4. Fr. 31. Fr. 39, § 1. Fr. 40, § 1. Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 41, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — L. 1, C., *si adversus transactionem* 2, 32. — L. 1, C., *de reputationibus* 2, 48. — Cependant le mineur ne doit jamais rendre au delà de ce dont il se trouve enrichi par suite de l'acte contre lequel il demande à être restitué. Fr. 7, § 5, D., *de minoribus* 4, 4, et ci-après, § 74, note 9.

[14] Fr. 24, § 1, D., *de minoribus* 4, 4. « Non semper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et æquum redigenda sunt... » — Fr. 29, § 1, D., *eodem*.

[15] Fr. 29, § 2, D., *de minoribus* 4, 4. « . . . . . Respondit, cum non evocatis creditoribus in integrum restitutionis decretum interpositum proponatur, minime id creditoribus præiudicasse ».

[16] Droit personnel, droit réel, droit d'hérédité.

[17] Fr. 9, pr. Fr. 13, § 1. Fr. 14. 15. Fr. 49, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 17, pr. Fr. 30, § 1, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Fr. 39, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. — L. 1, C., *si adv. vendit. pignoris* 2, 29. — L. 3, C., *si adversus fiscum* 2, 37. — L. 6, C., *de restit. militum* 2, 51. — Il en est de même de toute restitution pour cause de violence, qui, dans sa poursuite comme dans ses effets, est *in rem scripta*. *Voy.* ci-après, § 74, n° 2.

[18] C'est ce qui est formellement reconnu dans la L. 10, C., *de rescindenda venditione* 4, 44. Aussi cet effet à l'égard des tiers ne doit être accordé que dans des hypothèses où il s'agit de réparer ou d'éviter une lésion considérable, *grande damnum* ou *magnum detrimentum*, et quand c'est le seul moyen de rendre la restitution efficace en fait. Fr. 9, pr. § 1. Fr. 49, D., *de minoribus* 4, 4. — L. 1, C., *si adversus venditionem pignoris* 2, 29. — L. 3, C., *si adversus fiscum* 2, 37. Cf. ci-dessus, § 72, note 14.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 69, notes 41-46.

[20] *Voy.* ci-après, t. II, § 263.

la succession[21]. Enfin, quand nous sommes restitué à l'égard d'un rapport de droit indivisible dans lequel d'autres personnes ont une part, notre réintégration profitera, par une nécessité de fait, aux coïntéressés [22].

§ 74. *Des causes de restitution.*

La plupart des restitutions en entier doivent leur origine à l'édit du préteur; toutefois les dispositions originaires de l'édit furent souvent développées et étendues par la jurisprudence, ainsi que par des sénatus-consultes et des rescrits; enfin, des constitutions impériales créèrent même quelques cas nouveaux.

Nous allons d'abord énumérer sommairement les *iustæ causæ* de restitution contenues dans l'édit [1], puis nous indiquerons celles qui ont été créées par le pouvoir législatif des empereurs.

1. Minorité †. Nous avons vu ci-dessus, § 12, que déjà la loi *Plætoria* avait donné aux mineurs le moyen de se mettre à l'abri de tout préjudice qui pourrait résulter de manœuvres frauduleuses exercées à leur égard [2]. Un édit prétorien, qui date probablement des derniers temps de la république [3], leur assura une protection plus énergique encore, en statuant que l'efficacité de tout acte dans lequel l'intérêt d'un mineur se trouve engagé dépendrait de l'arbitraire du préteur, qui aurait à l'apprécier d'après les circonstances [4]. Tout était donc d'abord abandonné au sentiment indivi-

[21] *Voy.* ci-après, t. III, § 396 *in fine*.

[22] Fr. 10, pr. D., *quemadm. servit. amittantur* 8, 6. « Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo ». Cf. ci-après, § 145. – Fr. 47, § 1, D., *de minoribus* 4, 4. « Curator adolescentium prædia communia sibi et his, quorum curam administrabat, vendidit : quæro, si decreto prætoris adolescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adolescentium pro parte fundus communis fuit? Respondi, eatenus rescindi, nisi si emtor a toto contractu velit discedi, quod partem emturus non esset... » Cf. Fr. 13, pr. D., *de in diem addictione* 18, 2. – Fr. 3, § 4. Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 39, pr. *de evictionibus* 21, 2.

[1] Paul, I, 7, 2. – Fr. 1. 2, D., *de in int. restit.* 4, 1. « Nam sub hoc titulo plurifariam prætor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive *metu*, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive *absentia* inciderunt in captionem... sive per *status mutationem*, aut *iustum errorem*..... Item, si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam... » – Fr. 1, in f. D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Il est probable que, dans l'ancien droit, le préteur restituait aussi contre les *alienationes iudicii mutandi causa factæ*, mais cette restitution est devenue sans effet. *Voy.* ci-après, § 118, c, *b*.

† Tit. D., *de minoribus XXV annis* 4, 4. – Tit. C., *de in integrum restitutione minorum XXV annis* 2, 22. – *Voy.* aussi Titt. C., 2, 23 sqq.

[2] *Voy.* les détails sur la loi *Plætoria*, ci-après, t. III, § 356.

[3] Il paraît être antérieur à l'empire, puisque Labéon et Ofilius sont cités à propos de la restitution des mineurs. Fr. 16, § 1. Fr. 45, pr. D., *h. t.* *Voy.* ci-après, note 5.

[4] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Prætor edicit : Quod cum minore quam XXV annis nato gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam. — Rappelons que même un esclave mineur peut obtenir restitution s'il a fait un acte qui aurait pour effet d'empêcher son affranchissement. Fr. 5, D., *h. t.* – Fr. 26, § 1, D., *de fideic. libertatibus* 40, 5.

duel du magistrat; mais il se forma bientôt des règles plus ou moins précises, dont voici le résumé succinct : *a*) Le mineur obtient restitution même dans les cas où le préjudice qu'il s'agit d'éviter n'est pas une conséquence directe de l'acte et n'a été causé que par des faits postérieurs, fût-ce même par suite de sa légèreté ou de son inexpérience [5]. Cependant il n'y aura pas lieu de la lui accorder quand le dommage est uniquement le résultat d'un cas fortuit [6]. *b*) Contrairement à la règle, que la restitution ne doit être accordée qu'à défaut de tout autre moyen, le mineur l'obtient, du moins dans le droit nouveau, lors même qu'il pourrait réparer d'une autre manière le dommage dont il se plaint. Particulièrement, le mineur *sui iuris* [7] peut être restitué contre les actes de son tuteur ou curateur, quoiqu'il ait une action personnelle contre ce dernier [8]. *c*) Quel que soit l'avantage que le mineur ait tiré de l'acte contre lequel il demande à être restitué, il ne doit jamais rendre que ce dont il se trouve enrichi au moment de la demande [9]. *d*) Cependant, comme une trop grande facilité dans l'usage de ce bénéfice pourrait finir par devenir nuisible au crédit même des mineurs, la loi veut que le juge ne l'accorde que s'il est établi que le préjudice éprouvé est dû à l'inexpérience ou à la légèreté du mineur, et non pas à d'autres causes qui auraient amené le même résultat pour toute autre personne [10]. *e*) Quand un mineur demande la restitution contre un autre mineur, elle n'est accordée que jusqu'à concurrence de ce dont ce dernier se trouve encore enrichi au moment de l'action [11]. — Le délai de restitution, qui est de quatre ans (sauf un cas particulier dans lequel on accorde sept ans [12]), commence à partir du moment où le mineur a accompli sa vingt-cinquième année [13]. — Le bénéfice de la restitution est

[5] Fr. 3, § 6. 8. Fr. 7, § 2. 5. 10. Fr. 11, § 5, in f. Fr. 27, § 1. Fr. 35. 38, pr. Fr. 44, D., *h. t.* – Fr. 45, pr. D., *eodem.* « Etiam ei qui, priusquam nasceretur, usucaptum amisit, restituendam actionem Labeo scribit. »

[6] Fr. 7, § 8. – Fr. 11, § 4. 5, D., *h. t.*, et ci-après, note 10.

[7] Le mineur sous puissance peut également être restitué contre des actes qui lui portent préjudice à lui personnellement; mais la restitution qu'il obtient ne doit point opérer en faveur du père. Fr. 3, § 4, D., *h. t.* Ce texte, aux mots : *Si igitur filius...non adiuvatur,* et la L. 1 (2) C., *de filio familias minore* 2, 23, semblent refuser la restitution au *filius familias* quand il s'agit d'un emprunt d'argent contracté sur l'ordre de son père, mais *voy.* DE SAVIGNY, *System,* t. VII, app. 18 (pages 277 sqq.)

[8] *Voy.* ci-après, t. III, § 346 *in f.* § 347, note 26 et § 356 *in fine.*

[9] Fr. 7, § 5. Fr. 27, § 1, D., *h. t.*

[10] Fr. 7, § 8, D., *h. t.* – Fr. 11. § 3. 4. 5, D., *eodem.* « ... Nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas... » – Fr. 24, § 1. Fr. 46, D., *eodem.* – L. 2, C., *si adversus venditionem pignoris* 2, 29.

[11] Fr. 11, § 6. Fr. 34, D., *h. t.* – Fr. 3, § 2, D., *de Sc. Macedoniano* 14, 6. – Fr. 9, pr. D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6.

[12] L. ult. C., *de repudianda vel abstinenda hereditate* 6, 31.

[13] L. 5, § 1, C., *h. t.* – L. 5, pr. L. 7, C., *de temporibus in int. rest.* 2, 53. — Pour les héritiers du mineur, *voy.* L. 5, § 1. 2. 3, C., *eodem.* Cf. Fr. 19, D., *h. t.*

refusé au mineur pour diverses causes [14], notamment : 1° quand il s'est fait passer frauduleusement pour majeur au moment de l'acte [15]; 2° quand, après avoir atteint l'âge de la majorité, il a approuvé ou ratifié l'acte [16]; 3° pour les actes qu'il a passés après avoir obtenu la *venia ætatis* [17]. Remarquons encore que le mineur n'a pas besoin de restitution contre la prescription; car les prescriptions à bref délai ne courent point contre lui, et la *præscriptio longissimi temporis* lui laisse assez de temps pour veiller à ses intérêts après avoir atteint l'âge de la majorité [18].

Le bénéfice des mineurs a été étendu par les empereurs aux villes et communes [19]. Ici se présente la question de savoir à partir de quel moment le délai de la restitution commence à courir. Comme il n'y a pas de moment où la *iusta causa,* c'est-à-dire la qualité de ville, vient à cesser, il faut admettre que la prescription commence au moment de la lésion [20].

2. Violence. *Vis ac metus* †. L'édit protégeait d'une manière très-efficace celui qui avait consenti un acte par suite d'une violence exercée contre lui, *vis ac metus* [21]. Tant qu'il n'avait pas exécuté l'acte, il pouvait refuser de le faire, au moyen d'une exception, *quod metus causa gestum esset.* Si cette exception ne pouvait plus être utile, parce que l'acte était déjà exécuté, ou pour toute autre cause, il avait une action en restitution de la chose extorquée, *actio quod metus causa.* Cette action, qui était

[14] Les causes que nous n'énumérons pas ici se rapportent à des matières spéciales, particulièrement aux constitutions de dot et aux cadeaux de fiançailles, à l'acquisition et à la répudiation d'une hérédité, à la réception d'un payement dûment fait au mineur, etc. Nous nous bornons à citer ici les textes qui consacrent ces exceptions. L. 1, C., *si adversus donationem* 2, 30. — Tit. C., *si adversus dotem* 2, 34. Cf. Fr. 9, § 1, D., *h. t.* — L. 8, § 6, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — § 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. — L. 25, C., *de administr. tutorum* 5, 37. Cf. Fr. 7, § 2, D., *h. t.* — *Voy.* encore L. 11, C., *de transact.* 2, 4. — *Nov.* 115, c. 3, § 13 in f. — La L. 1, C., *si adversus venditionem* 2, 28, refuse la restitution dans un cas où le mineur avait confirmé une transaction par serment; mais les termes de la décision ne sont pas assez décisifs pour nous autoriser à lui donner le caractère d'une disposition absolue et générale, comme l'a fait la jurisprudence moderne ensuite d'une ordonnance de l'empereur Frédéric Ier, qui se trouve comme Auth. *Sacramenta puberum* au titre du Code cité.

[15] Fr. 32, 43, D., *h. t.* — L. 7, C., *eodem.* — Fr. 2. 3, C., *si minor maiorem se dixerit* 2, 43. — Cf. Fr. 9, § 2. 3, D., *h. t.*, et ci-dessus, § 72, note 6.

[16] Paul, I, 9, 3. « Si maior effectus res, quas minor egit, facto (*al.* pacto) vel silentio comprobavit... » — Fr. 3, § 1. 2, D., *h. t.* — Tit. C., *si maior factus ratum habuerit* 2, 46.

[17] L. 1, C., *de his qui veniam ætatis* 2, 45, et ci-après, t. III, § 356 in f..

[18] L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est* 2, 41.

[19] L. 3, C., *de iure reipublicæ* 11, 29. — L. 1, C., *de officio eius qui vicem alicuius iudicis vel præsidis obtinet* 1, 50. — L. 4, C., *quibus ex causis maiores* 2, 54.

[20] C'est aussi la décision du droit canon. C. 1, in VI, *de in int. rest.* 1, 21. — Clem. un. *de in int. rest.* 1, 11.

† Tit. D., *quod metus causa gestum erit* 4, 2. — Tit., C., *de his quæ vi metusve causa gesta sunt* 2, 20. — Des dispositions concernant cette matière se trouvaient déjà dans l'édit du préteur Octavius, qui mourut du temps de Cicéron. Cic., *in Verrem* II, 3, 65.

[21] *Voy.* les développements sur la nature et les effets de la violence, *vis ac metus*, ci-après, t. II, § 203.

arbitraire, tendait à obtenir la quadruple valeur de la chose et avait ceci de particulier, qu'elle pouvait être dirigée contre quiconque se trouvait en possession de la chose, *in rem scripta* [22]. En outre, l'édit accordait au besoin la restitution en entier, qui agit également *in rem* [23]; mais on comprend aisément qu'en présence des deux moyens dont nous venons de parler, il y avait rarement lieu d'employer ce dernier remède. Toutefois, il pouvait se présenter des cas où il devenait utile et même nécessaire, soit à cause de la nature particulière du rapport de droit à l'égard duquel on demande à être restitué [24], soit à cause de l'insolvabilité de la personne contre laquelle on agit [25]. Dans cette dernière hypothèse, en effet, il se peut que la restitution fasse recouvrer la chose extorquée même, tandis que le jugement dans l'*actio quod metus causa* ne donnerait qu'une créance pécuniaire, pour laquelle il faudrait concourir au marc le franc avec les autres créanciers.

3. Dol et fraude, *Dolus malus* †. Comme défense contre l'exécution d'un acte qui a été surpris par des manœuvres frauduleuses, l'édit nous accorde l'*exceptio doli*. En cas de besoin, nous pouvons également nous servir de l'*actio de dolo*, action arbitraire qui diffère de l'*actio quod metus causa* en ce qu'elle ne peut être intentée que contre celui qui s'est rendu coupable du dol, et qu'elle tend tout simplement à obtenir réparation de tout dommage [26]. Elle a ceci de particulier qu'elle entraîne la peine de l'infamie pour le défendeur qui se laisse condamner [27]. C'est pour éviter cette conséquence que, d'après un passage du Digeste, la restitution doit être préférée à l'action *de dolo* [28].

[22] *Voy.* les détails ci-après, t. II, § 203.

[23] Tant pour la demande que pour l'effet. Fr. 9, § 1. 4-8. Fr. 21, § 5, 6, D., *h. t.* – L. 3, C., *h. t.* Cf. L. 1, C., *de rescindenda venditione* 4, 44.

[24] Par exemple, quand il s'agissait d'éviter les conséquences préjudiciables d'une acceptation ou d'une répudiation d'hérédité, extorquées par violence. Fr. 21, § 5. 6, D., *h. t.* – Fr. 85, D., *de adq. hered.* 29, 2. – Arg. Fr. 6, D., *quod falso tutore* 27, 6.

[25] Arg. Fr. 6, D., *de dolo malo* 4, 3.

† Tit. D., *de dolo malo* 4, 3. – Tit. Th. C., *eodem* 2, 15. – Tit. I. C., *eodem* 2, 21. La première trace de dispositions prétoriennes concernant le *dolus malus* se trouve dans l'édit du préteur Cassius, antérieur à l'édit d'Octavius sur la violence. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 202. 203.

[26] Faisons observer que l'*actio de dolo* n'était pas nécessaire dans les *negotia bonæ fidei*, quand les manœuvres frauduleuses avaient été pratiquées par la partie même avec laquelle nous avions contracté : dans ce cas, l'action du contrat suffisait pour nous donner toute satisfaction. *Voy.* ci-après, t. II, §§ 202 et 286 in f.

[27] Fr. 1, pr. D., *de his qui notantur infamia* 3, 2. – Fr. 1, § 4, D., *h. t.* — *Voy.* ci-après, t. II, § 286 in f.

[28] Fr. 7, § 1, D., *de in int. rest.* 4, 1. « ... Et boni prætoris est potius restituere litem, ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere : ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest. » Fr. 1, § 6. Fr. 7, pr. Fr. 38, D., *de dolo malo* 4, 3. – Fr. 33, D., *de re indicata* 42, 1. — Ces passages sont quelque peu embarrassants ; car si

4. Erreur †. Dans un fragment de Paul, l'erreur excusable, *iustus error,* est indiquée comme une cause de restitution [29]. Cependant nous ne connaissons aucun texte de l'édit qui énonce ce principe d'une manière générale, et nos sources ne nous font connaître que quelques cas spéciaux dans lesquels il est appliqué. Ainsi le préteur accorde la restitution à celui qui a contracté avec un pupille assisté d'un *falsus tutor,* c'est-à-dire d'une personne qui se donne pour tuteur du pupille sans l'être réellement [30]. De même les créanciers d'une hérédité qui ont demandé la séparation de la succession d'avec le patrimoine de l'héritier peuvent, pour cause d'erreur excusable, demander à être restitués contre la séparation [31]. D'autres applications se rapportent surtout à la procédure [32].

5. *Minima capitis deminutio* du débiteur ††. La *capitis deminutio* avait pour effet d'anéantir tous les rapports de droit résultant du *ius civile,* dans lesquels pouvait se trouver la personne qui subissait la diminution. Il en résultait, entre autres, que les créanciers perdaient les créances qu'ils avaient à sa charge [33]. Pour éviter cet inconvénient, le préteur les restituait contre les conséquences de la *minima capitis deminutio* [34]; c'est-à-dire, il considérait la mancipation, l'adoption, l'adrogation (ou la légitimation) du débiteur comme non avenues, et restituait aux créanciers les actions qu'ils avaient eues auparavant [35]. Les réformes opérées par Justinien en cette matière ont rendu ce remède sans objet [36].

l'on avait toujours agi de la sorte, il est évident que l'*actio de dolo* serait devenue presque impossible. Et cependant il en est fréquemment question dans nos sources.

† On trouvera, ci-après, t. II, § 201, les développements nécessaires sur la nature de l'erreur et sur les effets qu'elle produit sur la validité des actes.

[29] Fr. 2, pr. D., *de in integrum restitutionibus* 4, 1.

[30] Fr. 1, § 1, 6, D., *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* 27, 6. *Voy.* t. III, § 353.

[31] Fr. 1, § 17, D., *de separationibus* 42, 6. « ... Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, *iustissima scilicet ignorantiæ causa allegata.* »

[32] Gaius, IV, 53-57. 55. 125. — § 33, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 8, § 2, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 7, pr. D., *de in int. restit.* 4, 1. — Fr. 11, § 8. 10, D., *de interrogat. in iure* 11, 1. — Fr. 13, pr. D., *de institoria act.* 14, 3. — Fr. 2, pr. D., *quis ordo* 38, 15. — Fr. 2, D., *de confessis* 42, 2. — Fr. 2. 11, pr. D., *de exc. rei iud.* 44, 2. — Fr. 15, § 5, D, *quod vi aut clam* 43, 24. *Voy.* aussi ci-après, § 75, notes 19 et 27. — Cf. Fr. 21, § 1, D., *ad Sc. Silanianum* 29, 5. — Fr. 17, D., *de his quæ ut indignis auferantur* 34, 9.

†† Tit. D., *de capite minutis* 4, 5.

[33] Sauf celles *quæ naturalem præstationem habent.* Fr. 2, § 3. Fr. 7, § 1. Fr. 8. 9. 10, D., *h. t.* — Fr. 2, D., *de operis servorum* 7, 7.

[34] Il n'y avait pas de restitution contre la *maxima* et la *media k. d.;* mais le préteur donnait une action contre les personnes qui avaient succédé dans les biens du *deminutus.* « Dabitur plane actio in eos ad quos bona pervenerunt eorum. » Fr. 2, pr. Fr. 7, § 1, D., *h. t.* — Fr. 128, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[35] Gaius, IV, 38. — Fr. 2, pr. § 1. Fr. 7-9, D., *h. t.* — L. 5, C., *quibus ex causis maiores in integrum restituantur* 2, 54.

[36] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 328. 332. 338. 339.

6. Absence et autres causes analogues†. La première restitution pour cause d'absence fut probablement accordée dans un cas où un citoyen avait perdu la propriété d'une chose, parce qu'elle avait été usucapée par un autre contre lequel il n'avait pas été possible d'agir, par le motif qu'il était prisonnier de guerre ou absent au service de la république [37]. Rien de plus équitable dans cette hypothèse que de restituer au perdant son action en revendication, comme si l'usucapion, qu'il n'avait pu empêcher, n'avait point eu lieu, *rescissa usucapione* [38]. Quoi qu'il en soit, l'édit et la jurisprudence appliquèrent la considération d'équité que nous venons d'indiquer à des hypothèses très-variées qui comprennent à peu près tous les cas où nous éprouvons une perte, soit par notre propre absence [39], soit par l'absence d'un autre [40]. Le terme absence est pris dans un sens très-étendu, et pour laisser toute latitude rationnelle à cette extension, le préteur, après avoir énuméré un grand nombre d'exemples, a eu soin d'ajouter : ITEM, SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM [41]. Ainsi le principe qui domine la matière peut être formulé en ces

† Tit. D., *ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur* 4, 6. — Tit. C., 2. 51. 52. 54. — Cette restitution est déjà mentionnée par TÉRENCE, *Phormio*, II, 4, 9 sq.

[37] Mais comment un prisonnier de guerre qui, par la captivité, perd toute capacité civile, peut-il usucaper? Il ne le peut point par lui-même, mais bien au moyen de personnes soumises à sa puissance. Fr. 23, § 2. D., *h. t.* — Fr. 15, pr Fr. 44, § 7, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 29, D., *de captivis et postliminio reversis* 49, 15. Cf. t. III, § 335, note 5.

[38] § 5, I., *de actionibus* 4, 6. « ... Si quis, cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem eius, qui in civitate esset, usu ceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum *rescissa usucapione* eam petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam esse. » — Fr. 1, § 1. Fr. 21, pr. Fr. 26, § 8, D., *h. t.* — On a l'habitude de donner à cette action restituée le nom de *Publiciana rescissoria* *, en se fondant sur les Fr 57, D., *mandati* 17, 1 et Fr. 35, pr. in f. D., *de obl. et actionibus* 44, 7, ainsi que sur les scolies des Basiliques ; mais cette qualification est plus que suspecte. *Voy.* ci-après, § 122, OBSERVATION.

[39] ULPIEN, Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Verba autem Edicti talia sunt : Si cuius quid de bonis deminutum erit, cum is metu aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset, inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset, sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item si quis usu *rel.* » (*voy.* la note suivante.) Exemples : *Absentes metus causa.* Fr. 2, § 1. Fr. 3; — *reipublicæ causa.* Fr. 4-8. 36-39. 42; — *in vinculis.* Fr. 9. 10; — *in servitute, in hostium potestate.* Fr. 11-15; — *studiorum causa.* Fr. 28, pr. D., *h. t. Voy.* encore Fr. 26, § 9. Fr. 28, § 1. Fr. 35, § 1. Fr. 40, § 1, D., *eodem.* — L. 1. 2, C., *de uxoribus militum* 2, 52.

[40] Fr. 1, § 1, D., *cité.* « ... Item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo sit amissum consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret; aut cum eum invitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur; cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur; earum rerum actionem intra annum *rel.* » Cf. Fr. 21-26, D., *eodem.* — Par la L. 2, C., *de annali exceptione* 7, 40, Justinien a permis de prévenir les pertes et déchéances qui peuvent résulter de l'absence de notre adversaire (*absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii*), au moyen d'une protestation devant l'autorité judiciaire ou épiscopale; mais cette loi n'a point aboli la restitution.

[41] ULPIEN, Fr. 26, § 9. Fr. 28, § 2, D., *h. t.* « Item si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam...... quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta decreta principum

termes généraux [42] : que restitution doit nous être accordée toutes les fois que nous avons éprouvé un préjudice par suite d'un événement qui nous a empêché de veiller à la conservation de nos droits [43] et qui ne peut nous être imputé [44]. La réparation comprend, comme dans les autres cas de restitution, tout le dommage que nous avons éprouvé [45]; cependant la loi insiste, particulièrement pour notre hypothèse, sur ce que la restitution ne doit pas avoir pour effet de nous enrichir aux dépens d'autrui [46].

Toutes les restitutions qui précèdent dérivent du droit prétorien; il nous reste à mentionner celles qui doivent leur origine aux constitutions impériales.

7. Un rescrit d'Adrien accorde restitution contre un jugement définitif fondé sur de faux témoignages [47].

8. Si un jugement acquitte le défendeur par suite d'un serment déféré par le juge, le demandeur peut demander la restitution, pourvu qu'il déclare vouloir se servir de titres nouveaux, découverts depuis le jugement [48].

licebit. Quæ clausula non illud pollicetur restituturum, si leges permittant : sed, si leges non prohibeant. »

[42] La clause de l'édit que nous venons de transcrire à la note précédente est, par les Romains mêmes, appelée *clausula generalis* (Fr. 26, § 1. Fr. 33, pr. D., *h. t.*), et la rédaction générale que nous donnons au principe est justifiée par la variété des applications analogues que fournissent nos sources et qu'on peut trouver chez de Savigny, t. VII, § 326, notes *d. n-u*, et § 328, notes *o-r*. Nous nous bornons à citer ici, comme étant d'intérêt pratique, les Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3; Fr. 14, D., *quemadmodum servit. amittantur* 8. 6. — Fr. 1, § 9, D., *de itinere* 43, 19. Cf. ci-après, § 145.

[43] D'où il résulte que la restitution ne s'applique qu'aux omissions.

[44] Fr. 16, D., *h. t.* « Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis... » C'est pourquoi il peut y avoir lieu de refuser la restitution quand elle est demandée par un absent qui avait laissé ou aurait dû laisser un fondé de pouvoirs, ou contre un absent que nous savions représenté par un fondé de pouvoirs et dont, par conséquent, on ne peut dire que « absens non defendebatur secumve agendi potestatem non fecerat. »

[45] Fr. 17, § 1. Fr. 41. 43, D., *h. t.* — Fr. 27, D., *eodem.* « Et sive quid amiserit vel lucratus non sit, restitutio facienda est : etiamsi non ex bonis quid amissum sit. »

[46] Fr. 18, D., *h. t.* « ... In his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei dumtaxat persequendæ gratia queruntur; non cum et lucri faciendi ex alterius pœna vel damno auxilium sibi impertiri desiderant. »

[47] *Restitutio ex* Fr. 33, D., *de re indicata* 42, 1, étendue par la suite au cas où un jugement a été rendu sur des pièces fausses. Tit. C., *si ex falsis instrumentis* 7, 58.

[48] *Restitutio ex* Fr. 31, D., *de iureiurando* 12, 1. — *Voy.* aussi Fr. 35, D., *de re indicata* 42. 1. — L. 4, C., *eodem* 7, 52.

Appendice.

DE LA PEINE DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES †.

§ 75.

Pour terminer notre exposé de la théorie des actions, nous dirons quelques mots des mesures que le législateur romain a prises afin de prévenir les chicanes et de diminuer, autant que possible, le nombre des procès. Nous avons déjà eu l'occasion de parler de plusieurs institutions qui, sans avoir été originairement créées dans cette vue, la servaient cependant de fait et pouvaient indirectement contribuer à restreindre les litiges. Telles étaient dans l'ancien droit la gageure du *sacramentum* dont le montant était perdu pour la partie succombante [1], et les *sponsiones* dans les cas où elles avaient le caractère pénal, comme dans la *condictio certæ pecuniæ*, dans les interdits et dans l'*actio de constituta pecunia* [2]. Telles sont encore dans le droit nouveau la défense de l'aliénation des choses litigieuses et la prescription des actions, dont nous avons traité ci-dessus avec les développements nécessaires [3]. Il ne nous reste à parler que des moyens qui ont directement le but indiqué [4] et que nous pouvons diviser en deux catégories : moyens pécuniaires et moyens moraux.

Parmi les derniers, nous remarquons le serment que l'on exigeait des plaideurs, et l'infamie dont la loi menaçait le défendeur dans certains cas. — Il est probable que dans le principe le serment qui devait servir à garantir la bonne foi des parties, *iusiurandum calumniæ* [5], n'était exigé que dans les cas où il n'y avait pas lieu à des peines pécuniaires [6]. Nous le trouvons déjà du temps de la république [7]. Justinien le rendit

† Nous avons conservé l'inscription des Institutes : Tit. I., *de pœna temere litigantium* 4, 16, quoique l'idée qu'elle exprime soit évidemment trop étroite; car il y est traité non-seulement de *peines*, mais aussi de moyens purement *préventifs*.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 44, nº 1, et § 70, notes 6 et 7.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 44, note 3; § 70, notes 8 et 9; § 71, notes 22 sqq., et ci-après, § 89. — Gaius, IV, 171. « ... Ex quibusdam causis *sponsionem* facere permittitur, velut de *pecunia certa credita* et *pecunia constituta :* sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ, partis dimidiæ. Cf. Cic., *pro Roscio com.* 4, 5.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 54 in f. et §§ 58 sqq. Nous aurions pu ajouter la péremption de l'ancien droit. *Voy.* ci-dessus, § 58, observation.

[4] Encore les peines de la *plus petitio* n'étaient-elles originairement qu'une conséquence toute naturelle des principes de la procédure romaine : *qui plus petit, causa cadit. Voy.* ci-après, notes 18 sqq. et ci-dessus, § 47, notes 14 et 15.

[5] « Bona instantia se uti, non calumniæ causa se infitias ire. » Gaius, IV, 172-181. — § 1, I., *h. t.* 4, 16.

[6] Gaius, IV, 172. 173.

[7] Lex (Rubria) de Gallia cisalpina, c. 20. lin. 9. — Cic., *pro Roscio comœdo,* 1 in fine. — Valerius Probus, V, 10. « N. K. C. non calumniæ causa. » — Cf. ci dessus, nº 93.

obligatoire dans tous les procès, tant pour les parties que pour leurs avocats [8]. — L'infamie résultait de la condamnation dans certaines actions qu'on appelait par ce motif *iudicia turpia, actiones famosæ* [9]. Le défendeur pouvait éviter cette peine en satisfaisant le demandeur avant la condamnation [10]. Cependant, quand il s'agissait d'un délit proprement dit ou de dol, la transaction extrajudiciaire ne mettait point le coupable à l'abri de l'infamie [11].

Nous trouvons trois catégories de moyens pécuniaires, dont la première a disparu dans le droit nouveau : 1° Quand le demandeur avait intenté l'action par pure chicane, le défendeur pouvait le poursuivre, soit pendant, soit après le procès, au moyen du *iudicium calumniæ*. S'il réussissait à établir la mauvaise foi, *calumnia*, l'adversaire était condamné au dixième de la valeur de l'objet du procès originaire, et, dans les interdits, même au quart de cette valeur [12]. Dans certains cas, une action analogue et tendante au dixième ou au cinquième était accordée contre le demandeur pour cela seul qu'il avait succombé dans le procès, sans qu'il fût besoin de prouver sa chicane. Cette action s'appelait *iudicium contrarium* [13]. Ces deux moyens finirent par tomber en désuétude à mesure que le *iusiurandum calumniæ* devint plus usité. Justinien les abolit [14]. — 2° Une peine spéciale était la condamnation au double qui menaçait le défendeur dans certaines actions, pour le cas où il nierait la dette dont le demandeur poursuivait le payement contre lui. *Lis infitiando crescit in duplum.* La loi des Douze Tables avait infligé cette peine à celui qui niait une obligation contractée au moyen du *nexum* [15]. Elle fut, par la suite, étendue à quelques autres actions [16]. Dans le droit nouveau, elle n'a plus

[8] Pr. I., *h. t.* — L. 1. 2, C., *de iureiurando propter calumniam dando* 2, 59.

[9] Cicéron cite comme *iudicia turpia* les actions de tutelle, de société, de mandat, de fiducie (*pro Cæcina* 3 ; *pro Roscio Am.* 38 sqq ; *pro Rosc. com.* 6). L'édit du préteur mentionne comme infamantes l'*actio pro socio*, l'*actio tutelæ directa*, les actions de mandat et de dépôt et les actions de vol, de rapine, d'injure et de dol. *Voy.* ci-dessus, § 18, notes 10 sqq.

[10] Rappeler la controverse des Sabiniens et des Proculéiens sur la question de savoir si l'exécution volontaire, faite après la *litis contestatio*, libère de la condamnation. *Voy.* ci-dessus, § 54, note 6.

[11] « Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut iniuriarum, aut de dolo, non solum *damnati* notantur ignominia, sed etiam *pacti*, et recte : plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit. » § 2, I., *h. t.* — Fr. 6, § 3. 4, D., *de his qui notantur* 3, 2. — L. 18, C., *ex quibus causis infamia irrogatur* 2, 12.

[12] Gaius, IV, 175 sq. 178. — *Consultatio veteris icti*, VI, 13. 20. 21. — § 1, I., *h. t.*

[13] Gaius, IV, 177-179. — Le défendeur avait le choix entre trois moyens, le *iudicium calumniæ*, le *iudicium contrarium* et la *restipulatio*, opposée à la *sponsio* du demandeur.

[14] § 1, I., *hoc titulo*.

[15] Cicéron, *de officiis* III, 16. — Festus, v. *Nuncupata*, et ci-après, t. II, § 212, note 4.

[16] Savoir, pour l'*actio iudicati* (Cic., *pro Flacco*, 21, et ci-dessus, § 69, note 16); pour l'*actio defensi* (Gaius, III, 127, et ci-dessus, § 45, note 39); pour l'*actio legis Aquiliæ* (Gaius, III, 216, et ci-après, t. II, § 271); pour l'action tendant à la dation d'une *res certa per damnationem legata* (Gaius, II, 282, et ci-après, t. III, §§ 414. 415 obs.).

lieu que dans l'action résultant d'un fait dommageable *ex lege Aquilia*, dans l'action en restitution d'un dépôt forcé par accident, dans l'action en délivrance d'un legs fait aux *piæ causæ*, enfin à charge de la partie qui nie faussement sa signature [17]. — 3° Il nous reste à parler des peines de la *plus petitio* ou *pluris petitio* [18]. Si le demandeur avait demandé plus qu'il ne lui était dû, il perdait, avec le procès, le droit qui en formait le fondement et le préteur accordait difficilement la restitution en entier contre la perte qui en résultait. Cette peine était une conséquence naturelle de la procédure *per formulas*. En effet, ce qui était demandé par l'*intentio* [19] était par là *in iudicium deductum*. Or, l'instruction que le préteur donnait au juge ordonnait : *si paret, condemna; si non paret, absolve*. Dès lors, s'il était établi par les débats *in iudicio* que le défendeur ne devait pas ce qui était réclamé par le demandeur, ce dernier devait perdre son procès et par suite son droit. Car s'il avait voulu le faire valoir de nouveau, il aurait été repoussé au moyen de l'*exceptio rei iudicatæ* [20]. Les jurisconsultes romains ont analysé et classé les différents cas de *plus petitio*, en disant qu'on peut demander au delà de ce qui est dû, en exagérant la poursuite RE, TEMPORE, LOCO, CAUSA [21]. Il est évident qu'il ne saurait être question de *plus petitio* RE, que si l'*intentio* du demandeur se rapporte

[17] § 1 in f. I., *h. t.* – § 17. 19. 26, I., *de actionibus* 4, 6. – *Nov.* 18, c. 8. — *Voy.* ci-après, t. II, §§ 259. 271; t. III, §§ 414. 415.

[18] CIC., *de oratore*, I, 36. 37. – GAIUS, IV, 53-60. – PAUL, I, 10. – *Consultatio veteris icti*, V, 4-7 (PAUL, I, 13 b, 5. – Tit. Herm. C., *de calumniatoribus*, 5, 1. 2.) – § 33-35, I., *de actionibus* 4, 6. – Tit. C., *de plus petitionibus* 3, 10. — Cf. ci-après, t. II, § 192, A.

[19] Le *plus* dans la *demonstratio* n'entraînait point de peine; de là *falsa demonstratio non nocet*. GAIUS, IV, 50. Toutefois il ne faut pas perdre de vue que, dans les *actiones in factum*, la *demonstratio* et l'*intentio* ne faisaient qu'un (§ 44, note 15, et GAIUS, IV, 60). — Le *plus* dans la *condemnatio* ne pouvait être préjudiciable qu'au défendeur, qui aurait dû payer plus qu'il ne devait; mais il obtenait facilement la restitution en entier contre le jugement. GAIUS, IV, 57. 68.

[20] *Voy.* ci-dessus, §§ 54 et 69.

[21] PAUL, I, 10. présente une autre analyse: « Causa cadimus, aut *loco*, aut *summa*, aut *tempore*, aut *qualitate*. » L'explication des termes donnés dans notre texte se trouve chez GAIUS, IV, 53, et au § 33, I., *de actionibus* 4, 6 « Si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineret, causa cadebat, id est, rem amittebat, nec facile in integrum restituebatur, nisi minor esset viginti quinque annis... Plus autem quatuor modis petitur : re, tempore, loco causa. RE : veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cuius ex parte res est, totam eam, vel maiore ex parte suam esse intenderit. TEMPORE : veluti, si quis ante diem vel ante conditionem petierit; qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur : veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est alio loco petit, sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit; verbi gratia, si is, qui ita stipulatus est, *Ephesi dare spondes?* Romæ pure intendat dari sibi oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solverit, adimit ei pura intentione (*voy.*, ci-après, t. II, § 178) ... CAUSA plus petit : ut ecce, si quis ita a te stipulatus sit, *hominem Stichum aut decem aureos dare spondes*, deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio : qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem

à un objet déterminé [22]. L'empereur Zénon modifia les dispositions relatives à la *plus petitio tempore*, en réduisant la peine à la perte des intérêts qui auraient couru jusqu'à l'époque de l'échéance [23]. Tout en maintenant cette disposition, Justinien condamne, pour tous les autres cas, le demandeur à payer le triple du dommage que le défendeur aurait éprouvé par suite de la *plus petitio* [24].

Abstraction faite de ces peines, il ne reste donc plus dans le droit nouveau que la condamnation au double dans certains cas, le *iusiurandum calumniæ,* et l'indemnité que la partie succombante peut devoir du chef des frais de la procédure et des dépenses que la partie adverse a été obligée de faire pour suivre l'instance [25].

Observation. En traitant de la *plus petitio,* Gaius et Justinien examinent aussi les conséquences de la *minus petitio*. Si, dans l'*intentio*, le demandeur avait demandé trop peu, il ne pouvait poursuivre le surplus pendant la même préture : on lui aurait opposé l'*exceptio litis dividuæ* [26].

adversario et eo modo suam quidem meliorem conditionem facit, adversarii sui deteriorem. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit et specialiter Stichum petat... plus petere intelligitur *rel.* » — *Vaticana fragm.* 53. « Si de altius tollendo aget is, qui in infinitum tollendi ius non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit ius sibi esse in infinitum tollere ». — *Voy.* encore ci-après, t. II, § 192, A, et § 262, note 5.

[22] *Certa formula,* notion qu'il faut se garder de restreindre aux *condictiones certi.* Gaius, IV, 54. « Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere. Idem iuris est,et si in rem incertæ partis actio data sit, velut si heres quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur, ipsius esse intendat : quod genus actionis in paucissimis causis dari solet » Cf. *Vatic. fragm.* 53, ci-dessus, note 21; § 51, notes 21. 24 et ci-après § 118, A. *Voy.* encore Gaius, IV, 60, combiné avec la note 19. Il n'y avait pas lieu aux peines de la *plus petitio* quand le demandeur avait réclamé autre chose que ce qui lui était dû ; car alors le véritable objet de son droit n'était pas *in ius deductum.* Gaius, IV, § 55 sqq.

[23] Encore le jour de l'échéance devait-il être prorogé d'un délai égal au temps compris entre le jour de la demande anticipée et le jour originaire de l'échéance. L. 1, C., *de plus petit.* 3, 10. — § 33, I., *de actionibus* 4, 6. — § 10, I., *de exceptionibus* 4, 13. « Alioquin, si intra tempus egerint, nec quidquam eo iudicio consequerentur propter exceptionem (pacti conventi); nec post tempus olim agere poterant, cum temere rem in iudicium deducebant et consumebant... Hodie autem non ita stricte hæc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianæ constitutioni subiacere censemus, quam sacratissimus legislator de his, qui tempore plus petierint, protulit, ut, si inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant hi, qui talem iniuriam passi sunt ; et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea accipiant, ut actores, tali pœna perterriti, tempora litium doceantur observare. »

[24] § 33, I., *de actionibus* 4, 6. — Tit. C., *de plus petitionibus* 3, 10.

[25] *Voy.* ci-dessus, § 48, note 14, et L. 13, § 6, C., *de iudiciis* 3, 1. — *Nov.* 56, pr. c. 1. — *Nov.* 82, c. 10. — Ulpien, Fr. 79, pr. D., *de iudiciis* 5, 1. « Eum, quem temere adversarium in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumtus adversario suo reddere oportebit. »

[26] Gaius, IV, 56. 122. Dans ce dernier passage, il est fait mention d'un moyen analogue, *exceptio rei residuæ.* « Dilatoriæ sunt exceptiones... veluti illius *pacti conventi* quod factum est, verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur... cui similis exceptio est *litis dividuæ* et *rei residuæ.* Nam si quis partem rei petierit, et intra eiusdem præturam reliquam partem petat, hac exceptione submovetur, quæ appellatur *litis dividuæ.* Item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de

C'était pis encore quand l'*intentio* était exacte, mais que la *condemnatio* portait trop peu; car dans ce cas, tout son droit était *in ius deductum*, il perdait tout ce que la *condemnatio* ne contenait pas, et, en général, le préteur lui refusait la restitution en entier [27]. Ces dispositions n'existent plus dans le droit nouveau : Zénon et Justinien ont permis au juge de suppléer ultérieurement à ce qui manquait dans l'*intentio* ou dans la *condemnatio* [28].

quibusdem egerit, de quibusdam distulerit ut ad alios iudices agantur, si intra eiusdem præturam de his, quas ita distulerit, agat, per hanc exceptionem, quæ appellatur *rei residuæ*, submovetur. »

[27] Gaius, IV, 57.

[28] § 34, I., *de actionibus* 4, 6. — L. 1, § 3. L. 2, § 1, C., *de plus petitionibus* 3, 10.

LIVRE DEUXIÈME.

DES DROITS RÉELS

INTRODUCTION.

DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL ET DE LA POSSESSION.

CHAPITRE PREMIER.

DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL †.

NOTION ET ESPÈCES.

§ 76.

Nous avons dit, au § 3, ce que nous entendons par droit réel. C'est notre volonté se dirigeant vers une chose, abstraction faite de tout autre individu humain, hors nous. Dès que cette volonté est reconnue et garantie par la loi, elle constitue un droit réel selon le *ius civile*. C'est par cette application directe et immédiate de la volonté humaine à une chose proprement dite que les droits réels diffèrent des autres droits. L'objet des droits personnels, en effet, n'est point une chose, mais l'individualite de la personne même à qui le droit appartient. Le but pratique d'un droit d'obligation peut bien être de nous procurer une chose, mais ce n'est là qu'une conséquence médiate et si peu nécessaire à l'essence du droit, que celui-ci pourrait continuer de subsister, quand même la chose qu'il s'agit de nous procurer viendrait à périr. Ce qui constitue le véritable objet de l'obligation, c'est qu'un autre doit nous donner la chose : en d'autres termes, c'est le fait d'une autre personne déterminée. La personne

† *Voy.*, sur la matière, PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements, suivi d'une traduction et d'un commentaire du livre VI des Pandectes*. 2e édition, Paris, 1853.

du débiteur est donc un élément essentiel de tout droit d'obligation [1]. Dans les droits réels, au contraire, notre droit s'applique directement à la chose; nous avons le droit et nous pouvons l'exercer sans que l'intervention d'aucun autre homme soit nécessaire.

La manière dont nous voulons agir sur une chose ou en disposer peut être différente, et cette différence donne lieu à une grande division des droits réels, fondée sur l'étendue plus ou moins grande du pouvoir que nous sommes autorisés à exercer sur la chose.

Le pouvoir le plus absolu que la loi nous accorde sur une chose est appelé droit de propriété, *dominium*.

De ce vaste pouvoir qui se manifeste de différentes manières, comme droit de disposer, droit de jouir, droit d'aliéner, etc., on a démembré quelques éléments et on les a érigés en droits séparés. Par exemple, nous avons la propriété d'un fonds, par conséquent le droit d'en disposer comme bon nous semble et d'empêcher tout autre d'en faire autant. Cependant nous pourrons accorder à un voisin le droit de passer sur notre fonds, et l'exercice de ce droit pourra avoir lieu sans que notre propriété en soit détruite. Il est vrai qu'elle a subi une restriction, une limitation; mais, abstraction faite de ce démembrement, elle continue d'exister. On comprend que ces démembrements peuvent être très-variés, et qu'il est même assez difficile de tracer une limite précise à laquelle il faut s'arrêter pour ne pas anéantir le droit de propriété. Les Romains les ont divisés en quatre catégories :

Les servitudes, *servitutes*.
L'emphytéose, *emphyteusis*.
La superficie, *superficies*.
Le gage et l'hypothèque, *pignus et hypotheca*.

Nous ferons connaître ci-après la nature particulière de chacun de ces droits démembrés. Nous nous bornerons ici à faire observer qu'ils sont tous compris sous la dénomination générale de *iura in re*, c'est-à-dire droits établis sur une chose dont la propriété appartient à un autre, *iura in re aliena* [2]. Le droit de propriété, comme embrassant la chose entière, est souvent identifié avec la chose même. Au lieu de se servir du terme abstrait de droit de propriété, l'ancien Romain disait : *Hæc res mea est;* et dans la science, cette idée a même eu assez d'empire pour faire désigner ce droit par le nom de chose corporelle, en opposition à tous autres droits, qualifiés de choses incorporelles [3].

[1] Nous devons renvoyer les développements de cette proposition au livre des Obligations, ci-après, t. II, § 169.

[2] *Voy.* ci-après, les notes 3 et 5.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 52, notes 3. 4, et ci-après, § 93. Les *iura in re*, particulièrement les *servitudes*, sont souvent appelés *iura*, sans autre désignation. Fr. 1, pr. D., *de condictione triticaria*

Observation 1. La terminologie que nous venons d'exposer : *dominium* et *iura in re*, est rationnelle et conforme aux sources. Dans les commentateurs des siècles derniers, on en rencontre fréquemment une autre qui n'a aucun de ces mérites. Ces auteurs prennent le mot *ius in re* comme synonyme de ce que nous appelons droits réels, et embrassent sous cette dénomination et les *iura in re* des Romains et le droit de propriété. Ils désignent encore ces mêmes droits par le mot *iura in rem**, parce qu'ils les considèrent comme les seuls droits qui soient protégés par une *in rem actio*, erreur que nous avons déjà combattue au § 50, n° I. La plupart d'entre eux font encore entrer dans la catégorie des *iura in re* ou *in rem* le droit d'hérédité, parce qu'il est également protégé par une *in rem actio*. A cette catégorie ils opposent alors les droits d'obligation, sous le nom de *iura ad rem** ou *in personam**. Ce dernier nom vient de ce que les obligations sont protégées par une *actio in personam;* quant au premier, il est puisé dans le droit canon, dont deux passages distinguent, en effet, entre *ius in re* et *ius ad rem* [4]. Ceux qui se servent du terme *ius ad rem* y voient un avantage, en ce qu'il permet d'indiquer que l'obligation, bien qu'elle puisse avoir pour effet indirect de nous procurer une chose, ne s'y rapporte cependant pas directement. En résumé, les droits patrimoniaux se diviseraient en *iura in re* ou *in rem* et *iura in personam* ou *ad rem*. Les *iura in re* ou *in rem* comprendraient l'hérédité et ce que nous avons appelé droits réels, c'est-à-dire le droit de propriété et les démembrements de la propriété érigés en droits séparés. Les *iura ad rem* ou *in personam* ne seraient autre chose que les *obligationes* des Romains. — Nous devons repousser cette terminologie par plusieurs raisons : 1° Elle est entièrement inutile. 2° Les termes mêmes : *ius in rem, ad rem, in personam*, ne sont point romains. Le mot *ius in re* est, à la vérité, irréprochable en lui-même ; mais en droit romain, il a une tout autre signification [5]. Il en résulte qu'en le prenant dans le sens des commentateurs,

13, 3. – Fr. 9, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1. — Nous donnerons plus de détails sur la terminologie quand nous traiterons des divers droits réels en particulier.

[4] Cette distinction se trouve dans les deux passages suivants : C. 40, in VI, *de præbendis* 3, 4. « Ius vero, quod secundo *ad* præbendam, non *in* præbenda huiusmodi competebat... penitus est sublatum. » – C. 8, in VI, *de concessione præbendæ et ecclesiæ non vacantis* 3, 7. « ... In quibus (beneficiis) ius non esset quæsitum *in re*, licet *ad rem*... »

[5] Particulièrement ce terme ne sert jamais à désigner la propriété ; même il ne se rencontre guère qu'en opposition à *dominium*. Fr. 19, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. « ... Sive domini sint, sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor, et fructuarius, et superficiarius. » Fr. 30, D., *de noxal. act.* 9, 4. « Si domini sint, sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius. » – Fr. 71, § 5, D., *de legatis I* (30). Quia aliquod ius in eo (fundo) habet. » — Il est vrai que, dans quelques autres passages, le mot *ius in re* paraît être employé dans un sens plus étendu. (Fr. 2, § 22, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. – L. 8, § 1, C., *de præscr. xxx vel xl ann.* 7, 39) ; mais toujours est-il que la signification que nous lui attribuons serait comprise dans ce sens plus étendu, et que, dans aucun cas, elle ne saurait donner lieu à des erreurs.

on s'expose à des erreurs souvent capitales. 3° Le mot *ius in rem* favorise l'opinion erronée qui donne au mot *actio in rem* une signification fausse. 4° Enfin, la base de la distinction en *ius in rem* et *ius ad rem* n'est pas même logique, et il serait impossible d'indiquer avec précision le sens du mot *res* employé dans ces deux locutions. Dans l'une d'elles, en effet, il aurait une signification différente de celle qu'il a dans l'autre. Car, bien que la plupart des obligations se rapportent médiatement à une *res*, il en est beaucoup qui n'ont pas le rapport le plus éloigné avec une chose, par exemple, toutes celles dans lesquelles le débiteur est tenu de ne pas faire quelque chose.

Observation 2. Parmi ceux qui, comme nous, rejettent la terminologie dont nous avons parlé dans l'observation précédente, il en est qui rangent le droit d'hérédité dans la catégorie des droits réels. Cela paraît assez plausible, parce que le droit d'hérédité a pour objet des choses extérieures et qu'il existe dans la personne de l'héritier sans que l'intervention d'aucun autre individu soit nécessaire. Nous croyons cependant préférable de ne point le comprendre sous la dénomination de droits réels, pour ne pas donner au mot *res* une signification trop vague, incompatible avec une bonne terminologie. Ajoutons que le droit d'hérédité repose tout entier sur une fiction de la loi, d'après laquelle l'héritier est censé continuer la personne du défunt et que des raisons de méthode s'opposent à ce qu'on traite en même temps les successions à cause de mort, matière très-compliquée qui exige des connaissances préliminaires fort étendues, et les droits réels, qui, plus que toute autre partie, demandent à être exposés au commencement d'un cours dogmatique de droit romain.

COMMENT LES DROITS RÉELS S'ACQUIÈRENT.

§ 77.

Faisons d'abord observer que nous ne nous occupons point ici des acquisitions *per universitatem*, ni même des acquisitions à titre particulier, qui se font à cause de mort. Il en sera question ci-après au livre cinquième. Nous ne parlerons dans ce livre que de l'acquisition de choses individuelles, qui a lieu entre vifs.

Les commentateurs se sont donné beaucoup de peine pour établir une règle générale sur l'acquisition des droits réels. Ils ont dit que cette acquisition exige deux choses, d'abord un titre en vertu duquel on peut acquérir, ensuite un acte par lequel on acquiert, ou, en latin, 1° une *causa remota, iustus titulus;* 2° une *causa proxima, modus adquirendi*. Cette règle est spécieuse; mais un examen attentif en démontre facilement l'inexactitude. Dans beaucoup de cas, on peut, à la vérité, distinguer deux

éléments analogues à ceux que les commentateurs exigent. Dans la tradition, par exemple, qui est le mode le plus fréquent de transférer la propriété, la remise de la chose, *modus adquirendi*, ne suffit pas; il faut un motif d'intention qui porte le *tradens* à transmettre sa chose, et cet élément peut être considéré, si l'on veut, comme la *causa remota* de l'acquisition de la propriété. Mais il n'en est point de même de tous les autres moyens d'acquérir les droits réels. Ainsi dans l'occupation, qui consiste dans la prise de possession d'une chose sans maître, on chercherait en vain la *causa remota*, le *iustus titulus*. Les partisans de la règle citée cherchent à la justifier en disant que, dans ce cas, la loi forme le *iustus titulus*, puisque c'est elle qui attribue cet effet à l'occupation. Mais, si l'on admettait cette explication, il faudrait dire que, dans la tradition, il est besoin de trois choses, savoir : 1° de la loi qui attribue à la vente, à la donation, etc., la vertu de pouvoir servir de base à l'acquisition de la propriété, ce qui constituerait une *causa remotissima*, s'il est permis de s'exprimer ainsi; 2° le motif d'intention qui porte le *tradens* à faire la tradition, *iustus titulus* ou *causa remota;* et enfin, 3° la remise de la chose, *modus adquirendi*, *causa proxima*. Dès lors la règle cesse d'être susceptible d'une application générale. Nous verrons ci-après, en traitant des différents droits réels, que les divers modes d'acquisition sont régis par des règles particulières qui varient suivant la nature de l'acte au moyen duquel l'acquisition se fait.

COMMENT LES DROITS RÉELS SE PERDENT.

§ 78.

Ce que nous venons de dire sur l'acquisition des droits réels s'applique également à la perte de ces droits. Les divers modes d'extinction sont soumis à des règles différentes, qui ne pourront être exposées convenablement que quand nous traiterons des droits réels en particulier. Toutefois il est une observation générale que nous sommes obligé de présenter ici.

En parlant des actes juridiques (§ 36), nous avons dit qu'on peut ajouter à l'acquisition d'un droit des modifications dont le but est d'amener éventuellement l'extinction ou la révocation de ce même droit. Cela se fait au moyen d'un terme, *dies ad quem* *, ou d'une convention conditionnelle qu'on ajoute à l'acte d'acquisition. Ainsi, lorsque je vous loue une maison pour un terme de trois ans, le droit que vous avez d'habiter cette maison cessera naturellement à l'expiration de ce terme. Pareille stipulation de révocation peut-elle être également ajoutée à l'acquisition des droits réels? Peuvent-ils être acquis de manière que l'acte d'acquisition

contienne en même temps la nécessité ou l'éventualité de leur perte? Examinons d'abord le droit de propriété. Je vous vends et vous livre ma maison, en me réservant le droit de la ravoir au même prix dans un temps déterminé : le droit de propriété sera-t-il révoqué par la déclaration que je fais de vouloir reprendre la maison? Si nous tenons compte de la nature de la propriété, la réponse doit être nécessairement négative. Ce droit, en effet, existe, abstraction faite de toute personne hors celle qui est le propriétaire. Or, si nous admettions que son droit peut passer à une autre personne, et par conséquent s'éteindre dans la sienne par la seule volonté de cette personne et sans qu'il y ait coopéré lui-même, nous porterions évidemment atteinte à la nature de la propriété, parce que nous y introduirions une personne étrangère, de la volonté de laquelle dépendrait l'existence ou la non-existence du droit de propriété. Il résulte de ces considérations que, dans le cas que nous venons d'indiquer, la convention résolutoire peut bien avoir force obligatoire pour les parties qui l'ont conclue, mais qu'elle n'influe point sur la propriété de la chose [1]. — Les mêmes considérations ne s'appliquent point aux autres droits réels, aux *iura in re*. Il est vrai qu'ils ne demandent, pas plus que le droit de propriété, une personne déterminée qui en soit l'objet; mais ils supposent toujours une propriété étrangère sur laquelle ils sont établis et dont ils ne sont qu'un démembrement. Il est dans leur nature de pouvoir retourner à la propriété dont ils ont été détachés et de la reconstituer en son entier. Rien ne s'oppose donc à ce qu'on établisse un *ius in re* de manière qu'à l'avénement d'un terme ou à l'accomplissement d'une condition, il s'éteigne de plein droit et revienne à la propriété dont il faisait partie avant qu'il fût érigé en droit séparé. Ce retour aura naturellement pour effet de révoquer également toute disposition que celui qui avait le *ius in re* révocable a pu prendre à l'égard de ce droit. C'est particulièrement à ce cas que se rapporte l'adage connu : *Resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum* * [2].

DES ACTIONS SERVANT A PROTÉGER LES DROITS RÉELS.

§ 79.

De tout ce que nous avons dit sur la nature des droits réels et sur la grande division des actions en *actiones in rem* et *in personam*, il résulte évidemment que les actions servant à protéger les droits réels appartiennent à la première catégorie. En effet, l'*actio in rem* est celle que nous

[1] *Voy.* les développements ci-après, § 94, n° 3 et t. II, § 249, OBSERVATION.

[2] Exemple : Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1. « Lex vectigalis fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat : postea is fundus a possessore

avons contre quelqu'un qui *nullo iure nobis obligatus erat*. Or, les droits réels ne supposent ni n'impliquent en aucune façon qu'une autre personne soit obligée envers nous : ils nous compètent, abstraction faite de tout individu hors nous, par cela seul que la chose est légalement soumise à notre pouvoir [1]; en d'autres termes, ils existent, non pas vis-à-vis de telle personne déterminée, mais vis-à-vis de tous. De ce caractère absolu qui leur est propre, il résulte qu'à la différence des droits d'obligation qui ne peuvent être lésés que par la personne obligée, les droits réels peuvent être lésés par tout le monde ou, si on l'aime mieux, par le premier venu qui est dans une situation dont résulte une atteinte à notre droit : ce qui peut se produire sans que celui qui se trouve léser notre droit se soit rendu coupable d'aucun acte ni d'aucune omission indus à notre égard.

Le but immédiat de toute action *in rem* est de faire reconnaître que nous avons le droit que le défendeur lèse ou conteste [2]. Cette reconnaissance fait droit entre parties, c'est-à-dire que le demandeur qui l'emporte dans le procès est considéré comme ayant réellement le droit, toutes les fois qu'il s'agit de la même question entre les mêmes parties [3]. La reconnaissance de notre droit a ensuite pour effet de faire cesser la lésion qu'il a subie, particulièrement de nous faire restituer la chose ou l'intégralité du droit dont il s'agit. En outre, le jugement peut encore contenir d'autres élements, par exemple, condamnation aux dommages et intérêts. Ces effets médiats sont de leur nature personnels; car ils sont fondés sur l'obligation du défendeur de réparer le préjudice qu'il nous a fait éprouver. Il faudrait donc, à la rigueur, une action personnelle de ce chef; mais comme la condamnation qui en résulte est une conséquence de la constatation de notre droit réel, on la considère comme un accessoire de la question principale, et on la joint comme telle à l'*actio in rem*, afin de simplifier la procédure [4].

pignori datus est. Quæsitum est, an recte pignori datus est? Respondit : Si pecunia intercessit, pignus esse. Item quæsiit, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse, cuius potior causa esset? Respondit : Si, ut proponeretur, vectigali non soluto, iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse ». — *Voy.* aussi ci-après, § 168, nº 5.

[1] Nous disons légalement soumise à notre pouvoir. Il n'en serait pas de même du pouvoir que nous aurions sur une chose sans qu'il soit constant que ce pouvoir a été créé d'une manière légale. *Voy.* ci-après, § 80, note 7.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 50, note 11, et ci-après, § 119, notes 1 et suivantes.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 69, notes 27 sqq., et ci-après, § 119, notes 1 et suivantes.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 50, note 15, et ci-après, § 119.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION †.

NOTION ET DIVISIONS ††.

§ 80. *Notions générales.*

Avant d'exposer les droits réels, nous sommes obligé de dire quelques mots du pouvoir que l'homme peut exercer sur une chose, abstraction faite de la question de savoir s'il a ou non le droit de l'exercer. Ce pouvoir physique de l'homme sur une chose est appelé possession. La possession contient donc deux éléments qui se trouvent également dans la propriété : savoir, la volonté de l'homme et une chose soumise à cette volonté. Mais la propriété exige de plus, comme condition essentielle, que la chose ait été soumise à notre volonté d'une manière reconnue et garantie par la loi. Pour qu'il y ait possession, il suffit que nous ayons le pouvoir de disposer d'une chose, peu importe que ce pouvoir soit ou non conforme au droit.

Mais s'il en est ainsi, comment le droit peut-il s'occuper de la possession, et comment la possession a-t-elle pu être considérée comme une institution du droit? Une considération bien simple fera comprendre que le législateur s'est trouvé dans la nécessité de reconnaître ce simple fait, et de lui imprimer ainsi un caractère de droit. En effet, que peut faire la Loi vis-à-vis de celui qui se trouve en possession d'une chose, sans qu'il soit établi qu'il a acquis la chose d'une manière légale? Certes, elle ne protégera pas sa possession comme elle protégerait un droit légalement

† Nous suivons, en général, dans l'exposé de cette matière, le célèbre ouvrage que DE SAVIGNY publia en 1803 sous le titre : *Das Recht des Besitzes* et dont la septième édition, après sa mort, a été donnée, en 1865, par RUDORFF, qui y a ajouté des notes précieuses. Il nous est impossible d'indiquer les nombreuses publications que ce livre a provoquées en Allemagne; nous croyons cependant devoir mentionner deux ouvrages de M. BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tubingue, 1838. 1848, et *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*. Weimar, 1875. — Des analyses excellentes du traité de SAVIGNY, faites par WARNKÖNIG et LERMINIER, ont été suivies de deux traductions françaises de M. FAIVRE D'AUDELANGE et de M. JULES BEVING, que DE SAVIGNY lui-même a déclarées mauvaises. Une nouvelle traduction, d'après la dernière édition et avec les notes de RUDORFF, a été faite par M. STAEDTLER, *Traité de la possession en droit romain*. Bruxelles, 1866. Nous avons encore à mentionner une publication récente de M. P. VAN WETTER, *Traité de la possession en droit romain*. Gand, 1868.

†† Tit. D., *de adquirenda vel amittenda possessione* 41, 2. — Tit. C., *de adquirenda et retinenda possessione* 7, 32.

acquis; mais tant qu'il n'est pas prouvé que cet état de choses lèse les droits d'un autre, elle respectera la volonté de l'homme qui s'est manifestée par la prise de la chose. Elle maintiendra le *statu quo*, à moins qu'elle n'acquière la certitude qu'il contient une violation des droits acquis. Or, cette certitude ne peut être obtenue qu'au moyen d'une preuve légale fournie en justice. Il en résulte que la loi doit garantir la possession contre tout trouble qui y serait apporté extrajudiciairement. Le respect dû à la volonté de l'homme, d'une part, et le principe fondamental de l'ordre social d'après lequel l'individu ne peut se faire justice à lui-même, d'autre part, concourent donc pour assurer au simple fait de la possession une certaine garantie et une protection légale [1]. Cette idée rationnelle a été adoptée et sanctionnée par les Romains, et c'est par suite de cette sanction que la possession est entrée dans leur système légal.

Il n'est guère probable que ce soit par un raisonnement abstrait comme celui qui précède que le Préteur romain a été amené à jeter les bases de la législation que nous avons à exposer. Mais il trouvait dans l'organisation sociale de sa patrie une institution qui réclamait pratiquement et impérieusement la protection dont nous avons démontré la légitimité. Le sol romain se composait du domaine public et des propriétés privées, *ager publicus* et *ager privatus*. Ce dernier seul pouvait appartenir en propre aux citoyens. Quant au premier, abstraction faite des terres qui avaient une destination publique, les particuliers pouvaient en occuper des parties, les cultiver et en tirer profit. Cette occupation ne leur donnait point la propriété ni, par conséquent, les actions réelles qui garantissent d'une manière si efficace le droit de propriété [2]. Cependant il fallait bien les protéger dans leurs occupations contre les agressions arbitraires. Ne pouvant, à cet effet, donner d'action, faute d'un droit déterminé qui pût servir de base, le préteur agissait, comme il avait l'habitude de le faire dans des hypothèses de cette nature, en lançant un *interdictum* [3], soit pour maintenir l'occupant dans sa possession quand il était troublé, soit pour la lui faire recouvrer quand il en avait été dépouillé. Le besoin de cette protection était naturellement surtout urgent contre les agressions faites de vive force, VI, et contre les usurpations furtives et clandestines, CLAM. Mais la matière prêtait encore à une lésion d'une nature toute particulière

[1] C'est à ce double caractère de la possession (1° d'être par sa nature et par son origine un simple *fait*, 2° d'avoir, à certains égards, l'effet d'un *droit*) que se rapportent plusieurs textes de nos sources. *Voy.* Fr. 1, § 3. 4, D., *h. t.* « Possessionem enim rem *facti*, non *iuris* esse », et les Fr. 19, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. – Fr. 53, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. Par contre, d'après le Fr. 49, § 1, D., *h. t.* « Possessio non tantum corporis sed et *iuris* est; » et c'est par ce motif que « plurimum ex *iure* possessio mutuatur. » – Fr. 49, pr. D., *eodem*.

[2] *Voy.* ci-dessus, nos 11. 13. 79. 82 sqq., et aussi § 79, note 1.

[3] Et non pas, en donnant une action. *Voy.* ci-dessus, § 71, notes 1 et 2.

que les Romains désignaient par le mot PRECARIUM [4]. Les occupations des terres publiques ne se faisaient guère que par les hommes puissants. Or, l'optimate qui possedait plus de terres qu'il ne pouvait cultiver avait coutume d'en concéder à ses clients, sur leur demande et par faveur (de là *precarium*, de *preces*), des parties plus ou moins étendues pour qu'ils pussent les cultiver et en tirer profit. Ces concessions constituaient une véritable libéralité et étaient révocables à volonté. Cependant un client perfide pouvait abuser de la position du patron qui était hors d'état de justifier d'aucun droit sur le terrain concédé : quand pareil abus de confiance se présentait, le préteur ordonnait la restitution sans que le demandeur eût à prouver autre chose que la possession qu'il avait eue au moment où le *precarium* avait été accordé [5].

Aucun témoignage positif n'établit l'origine des interdits possessoires telle que nous venons de l'esquisser. Notre exposé n'est fondé que sur une hypothèse de Niebuhr [6]; mais nous ne pensons pas qu'il y ait une hypothèse plus probable dans le domaine de l'histoire du droit. Quoi qu'il en soit et quelle que soit l'origine des actions possessoires, déjà de bonne heure la protection de la possession se trouve organisée à Rome dans le sens que nous avons indiqué : des interdits sont accordés au possesseur pour le protéger contre les troubles qui peuvent être apportés à son pouvoir et pour le lui maintenir, ainsi que pour lui faire recouvrer la possession dont il a été dépouillé, *interdicta retinendæ* et *recuperandæ possessionis* [6]. Et cette protection, il peut l'invoquer sans justifier d'aucun droit sur la chose dont il s'agit : il suffit qu'il en ait eu la possession au moment où la partie adverse s'est rendue coupable de la lésion qui motive la demande de l'interdit [7].

Tel est l'effet juridique du simple fait de la possession, et c'est à ce titre que la possession figure dans le système des Romains [8]. Elle y figure à un titre plus important encore, comme pouvant servir de base à l'acquisition de la propriété. Celui qui possède, au vu de tous les citoyens, une

[4] Nous reviendrons ci-après, § 83, II, sur cette analyse romaine des diverses atteintes que la possession peut subir : VI, CLAM et PRECARIO.

[5] *Voy.* ci-dessus, n° 15 *in fine*, et ci-après, § 81, notes 11-15; § 90, III, et t. II, § 244, n° 3.

[6] *Voy.* ci-après, § 88, notes 10 et suivantes.

[7] Nous saisissons cette occasion pour signaler dès à présent la différence fondamentale qui existe naturellement et positivement entre la protection accordée au pouvoir légal que nous appelons propriété et celle due au pouvoir de fait, appelé possession. La propriété, étant conforme à la loi et constituant en conséquence un droit, jouit d'une garantie absolue qui nous protége contre tous, même contre ceux qui personnellement ne nous ont point lésé, *in rem;* tandis que, comme simple possesseur, nous ne pouvons agir que contre celui qui, par un fait positif, a violé notre personnalité en portant atteinte au pouvoir que nous exerçons. *Voy.* ci-dessus, §§ 50. 79, et ci-après, § 89, B; § 90, note 6; § 118, c; § 136, note 8; § 138, note 7.

[8] Les jurisconsultes des siècles derniers attribuent à la possession un grand nombre d'effets légaux : *Beati possidentes*. L'un d'eux paraît avoir imaginé jusqu'à soixante-douze béatitudes

chose pendant un temps déterminé peut, par ce fait, en acquérir la propriété. Cette acquisition s'appelle *usucapio*, de *usus* et *capere*, acquérir par la possession. Mais pour que la possession produise cet effet, les Romains exigent quelque chose de plus que la simple soumission de la chose au pouvoir de celui qui veut acquérir : il faut, en outre, que la possession ait une juste cause, *iusta causa*[9]. L'usucapion, tout en exigeant la possession, n'est donc point un effet de la simple possession, et c'est par ce motif qu'elle trouvera sa place au titre qui traite du droit de propriété.

Observation. D'après l'exposé que nous venons de faire, il est facile de déterminer les rapports qui existent entre la propriété et la possession. Eu égard à leur origine et à leur nature, ces deux institutions n'ont rien de commun[10]; car la propriété est de sa nature un droit et ne peut prendre naissance que de la manière prescrite par la loi, tandis que la possession est un simple état de fait, qui peut exister abstraction faite de tout droit et qui ne suppose aucun mode légal d'acquisition. Cependant, dans leur manifestation extérieure et apparente, la propriété et la possession peuvent se confondre, car la possession n'est autre chose que l'exercice des pouvoirs qui sont contenus dans le droit de propriété. Le propriétaire a le droit d'avoir la possession de la chose qui lui appartient; mais il peut se faire que de fait il ne l'ait pas.—En tenant compte de ces considérations, on ne sera jamais exposé à confondre les termes *ius possessionis* et le droit de posséder qu'on peut appeler *ius possidendi*. Par *ius possessionis* les Romains entendent le simple fait de la possession considéré sous le rapport des avantages légaux qu'il procure[11]; le *ius possidendi* n'appartient qu'à celui qui a le droit d'avoir la chose. Ainsi le voleur a le *ius possessionis*, c'est-à-dire qu'il peut se prévaloir des interdits possessoires, par cela seul qu'il tient la chose avec l'intention de l'avoir[12]. Par contre, le propriétaire a le *ius possidendi* quand même il

juridiques de la possession. De Savigny, § 3, a purgé la science de ces erreurs. Cependant nous ne pouvons nous ranger à son avis quand il admet deux effets de la possession, les *interdits* et l'acquisition de la propriété par *usucapion*. Car, bien que ce soit spécialement par rapport à cette dernière institution que le Digeste s'occupe de notre matière, il est cependant impossible de considérer l'usucapion comme un effet de la *seule* possession.

9 *Voy.* ci-après, § 110, n° 4.

10 Fr. 12, § 1, D., *h. t.* 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum possessione ». — Fr. 52, pr. D., *eodem*. « Nec possessio et proprietas misceri debent ». — Fr. 1, § 2, D., *uti possidetis* 43, 17. « ... Separata esse debet possessio a proprietate. Fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit ».

11 Fr. 44, pr. D., *h. t.* — Fr. 2, § 38, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — Fr. 5, § 1, D., *ad legem Iuliam de vi privata* 48, 6. — Cf. L. 5, C., *de liberali causa* 7, 16. — Dans la L. 10, C., *h. t.* Constantin emploie abusivement *ius possessionis* au lieu de *ius possidendi*.

12 Cf. ci-après, § 83, note 8 et les renvois qui s'y trouvent.

serait privé de la chose[13], à moins que, dans un cas donné, ce droit n'ait été, par sa volonté ou par l'autorité judiciaire, concédé à une autre personne[14].

§ 81. *Conditions requises.*

La possession est le pouvoir physique que l'homme exerce sur une chose dans l'intention de l'exercer pour lui, abstraction faite de la question de savoir s'il a ou non le droit de l'exercer. Pour que nous ayons la possession d'une chose, il faut donc :

1° Le pouvoir physique sur la chose, *corpus*. Il faut qu'il nous soit physiquement possible[1] de disposer de la chose comme bon nous semble et à l'exclusion de tout autre. Il est donc évident que plusieurs ne peuvent posséder la même chose, chacun en entier : *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*[2]. Rien ne s'oppose cependant à ce que plusieurs personnes ensemble aient la possession de la même chose *pro indiviso;* car, dans ce cas, ce n'est pas la volonté de chacune d'elles, mais la volonté commune qui dispose de la chose[3]. — A ces règles, dérivant de

[13] Il en est de même du créancier gagiste et des autres personnes dont il sera parlé ci-après, § 81, notes 13-22.

[14] Par exemple, quand le propriétaire accorde un droit de gage, d'emphytéose, etc.; ou bien dans les cas d'envoi en possession, dont nous avons eu l'occasion de parler ci-dessus, § 70, notes 42 sqq.

[1] Ainsi le possesseur d'un immeuble n'a pas la possession du trésor qui y est enfoui et dont il ignore l'existence, car il ne peut en disposer, et d'autres peuvent le déterrer avant lui. D'ailleurs, abstraction faite de cette éventualité, il n'a pas même la conscience du pouvoir qu'il pourrait éventuellement avoir. Fr. 3, § 3. Fr. 44, D., *h. t.* 41, 2; Fr. 15, D., *ad exhibendum* 10, 4. Celui qui loue sa maison à un autre n'en continue pas moins de la posséder, mais il ne possède pas les meubles que le locataire y a introduits. Cela résulte déjà de ce que le bailleur n'a pas l'*animus possidendi.* Mais, abstraction faite de ceci, il n'a pas le pouvoir physique, car il n'y a que le locataire qui en dispose. Pris dans ce sens, le Fr. 30, pr. D., *h. t.* n'est point en contradiction avec le Fr. 18, § 2, D., *eodem,* qui dit que le possesseur de la maison est aussi possesseur des choses qui se trouvent dans la maison. — C'est par des raisons physiques analogues qu'une chose faisant partie intégrante d'une autre chose ne peut être possédée, abstraction faite de la possession de cette dernière. Nous aurons à developper cette considération quand nous nous occuperons de l'usucapion et du droit de superficie. *Voy.* ci-après, § 113, B. C, et § 152.

[2] Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. « ... Celsus... ait, duorum... *in solidum* dominium vel possessionem esse non posse. » — Fr. 3, § 5, D., *h. t.* « ... Plures eamdem rem *in solidum* possidere non possunt : contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id teneri videaris. » Dans ce même passage, Paul nous apprend que Trebatius et quelques Sabiniens avaient pensé qu'on pouvait admettre des exceptions à cette règle fondée dans la nature des choses. Mais cette opinion qui, d'ailleurs, reposait sur un simple malentendu, avait été combattue par Labéon, Ulpien et Paul, et se trouve définitivement rejetée dans le droit de Justinien. Fr. 19, pr. D., *de precario* 43, 26, et ci-après, § 90, III.

[3] Fr. 26, D., *h. t.* — Fr. 1, § 4, D., *uti possidetis* 43, 17. — Cf. Fr. 12, D., *communi dividundo* 10, 3. — Dans ce cas, on dit souvent que nous avons la possession d'une quote-part, d'une part intellectuelle de la chose possédée en commun; mais cette manière de parler manque d'exactitude à deux points de vue. La possession est essentiellement indivisible. *Voy.* § 82, note 1, et Fr. 32, § 2, D., *de usurpationibus* 41, 3 « MERA SUBTILITATE, » ci-après, note 12.

la nature des choses, il faut ajouter les dispositions de la loi qui ne reconnaissent point de possession à l'égard des *res extra commercium* [4], et refusent aux personnes sous puissance la possibilité légale de posséder pour elles-mêmes [5].

2° L'intention d'avoir la chose pour nous, de l'avoir comme maître [6], *animus possidendi* ou pour le dire d'une manière plus expressive, *animus domini, animus rem sibi habendi* [7]. Les personnes qui n'ont pas de volonté, telles que les personnes civiles, les fous, les enfants, ne sont point capables de cet *animus,* mais elles peuvent exercer le pouvoir physique, et par conséquent posséder, par leurs représentants, les syndics, les curateurs et les tuteurs [8]. — Il peut se faire que l'on tienne une chose en son pouvoir avec l'intention d'en disposer à certains égards, mais sans

[4] Fr. 3, § 17. Fr. 30, § 1. 3., D., *h. t.* — L'homme libre est certes également hors du commerce; cependant les Romains admettent qu'il peut être possédé par celui qui le croit esclave, § 4, I., *per quas personas nobis acquiritur* 2, 9. — Fr. 1, § 6. Fr. 23, § 2. Fr. 30, § 1. 4. Fr. 38, pr. D., *h. t. Voy.* ci-après, t. III, §§ 334 sq. C'est à tort que DE SAVIGNY, § 9, étend cette disposition tout exceptionnelle aux *res sacræ* et *religiosæ,* en invoquant le Fr. 30, § 1, D., *h. t.* qui, bien traduit, dit précisément le contraire.

[5] Fr. 49, § 1, D., *h. t.* Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem *tenere* possunt : habere, *possidere* non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est. » Fr. 24. 30, § 3, D., *eodem.* — Fr. 93, D., *de reg. iuris* 50, 17. *Voy.,* pour les détails, ci-après, t. III, §§ 330 sq. 338. 339. — Les prisonniers de guerre se trouvent sur la même ligne que les esclaves; même les hommes libres possédés comme esclaves (*voy.* la note précédente) sont déclarés incapables de posséder. Fr. 23, § 1, D., *h. t.* « ... Qui in hostium potestatem pervenerunt... corporaliter... possessionem amittunt. Neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur... *Voy.* ci-après, § 98, et t. III, §§ 333. 334. 339. Cf. Fr. 54. 118, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Qui in servitute est (*voy.* ci-après, § 83, note 1), usucapere non potest : nam, cum possideatur, possidere non videtur ».

[6] Il n'est guère nécessaire d'insister sur ce que l'intention d'avoir une chose comme maître est tout autre chose que la croyance d'être maître ou propriétaire d'une chose (*opinio* ou *cogitatio dominii,* comme disent les commentateurs), laquelle croyance n'est aucunement requise dans la possession. Pourtant les termes qui désignent ces deux ordres d'idées sont parfois confondus, entre autres dans le Fr. 22, § 1, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. Cf. la note suivante.

[7] La locution *animus possidendi,* employée par les Romains, laisse à désirer au point de vue théorique, puisqu'elle explique ou définit une notion par le terme même qu'il s'agit de définir. Les deux autres locutions *animus domini* et *rem sibi habendi* ne se trouvent point *in terminis* dans nos sources, bien que nous y rencontrions des expressions analogues : Fr. 13, § 1, D., *de Publiciana act.* 6, 2. « eo animo... ut se credat dominum esse ». — Fr. 22, § 1, D., *de noxal. act.* 9, 4. « Non tamen opinione domini possident ». — Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis* 43, 17. « cœnaculum in quo alius quasi dominus moretur ». — THÉOPHILE *ad Inst.*, II, 9, 4. III, 28, 2. « ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι, κατέχειν ». — *Basilica,* L, 2, 61. — Cf. QUINTILIEN, *inst. orat.*, VII, 5, 3, ci-après, § 89, note 20. On pourrait faire à la locution « *animus domini* » le reproche, un peu subtile à la vérité, qu'on peut posséder sans même avoir une notion exacte de ce que la loi entend par *dominus* et *dominium.* La même objection ne saurait être fait au terme *animus rem sibi habendi.* C'est pourquoi ce dernier nous paraît préférable, d'autant plus qu'il peut s'appliquer à la possession de l'*ager publicus,* que nous considérons comme étant la première manifestation de la POSSESSION dans le système légal romain. *Voy.,* au reste encore, l'OBSERVATION 2, ajoutée au présent paragraphe.

[8] Fr. 1, § 3. 20. 22. Fr. 2. 18, § 1, D., *h. t.* — L. 26, C., *de donationibus* 8, 54. — Cf. ci-après, § 84, notes 19. 20.

vouloir en disposer en maître. Ainsi, quand quelqu'un nous emprunte une chose pour son usage, il veut user de la chose, mais son intention n'est point de l'avoir comme si elle lui appartenait; il n'entend aucunement méconnaître notre pouvoir : bien au contraire, en usant de la chose, il est d'accord avec nous. Dès lors, il ne possède pas dans la véritable acception du mot, il ne fait que détenir pour nous qui continuons de posséder par lui : *nostræ possessioni præstat ministerium* [9]. Il est vrai que, dans le moment actuel, nous n'exerçons personnellement aucun pouvoir, mais, par l'usage même que l'emprunteur fait de la chose, il en est disposé conformément à notre volonté [10]. Le même raisonnement s'applique à d'autres personnes qui, tout en ayant une chose en leur pouvoir, reconnaissent le pouvoir légal qui appartient à un autre sur la chose, par exemple, le locataire, l'usufruitier, le dépositaire.

Nous venons d'analyser les éléments constitutifs de la possession. Il importe d'ajouter qu'il ne suffit pas de la coïncidence accidentelle du pouvoir et de l'intention; la possession exige qu'il y ait entre ces deux conditions un rapport de causalité. Le pouvoir doit nous appartenir parce que nous le voulons : il faut que nous ayons la conscience de notre pouvoir [11]. Il s'ensuit, entre autres, que la notion de la possession ne peut s'appliquer qu'à une chose déterminée, *res certa* [12].

En résumé, dès que le pouvoir physique sur une chose et l'intention d'avoir cette chose pour nous se trouvent réunis, comme nous venons de le dire, il y a possession et nous pouvons prétendre à la protection des interdits possessoires, qui impriment au fait un caractère de droit. La réunion des deux conditions suffit à cet effet; mais aussi elle est indispensable. Il est cependant à remarquer que le droit romain a étendu la notion de la possession, en attribuant, dans certains cas, les effets qui résultent de la possession à des rapports qui réellement ne contiennent pas ce fait dans le sens précis du mot, par la raison qu'ils manquent de l'une des conditions requises, de l'*animus rem sibi habendi*. Par suite de cette attribution, ces rapports reçoivent la qualification de *possessio*, qui

[9] Fr. 18, pr. D., *h. t.* « Nec idem est *possidere* et *alieno nomine possidere;* nam possidet, cuius nomine possidetur. Procurator *alienæ possessioni præstat ministerium* ». – Fr. 9. 12, pr. Fr. 30, § 6, D., *eodem.* – Fr. 9, D., *de rei vindicatione* 6, 1.

[10] Fr. 3, § 12. D., *h. t.* « Animo nostro, *corpore etiam alieno*, possidemus... ».

[11] Fr. 3, § 3, D., *h. t.* « Qui nescit, non possidet... »– Fr. 26 in f. D., *eodem.* « ...Nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id quod incertum est, potest ». — Cf. ci après, § 84, note 22, et § 85, nº 2.

[12] Fr. 26, D., *h. t.* — Mais c'est évidemment à tort que le même texte, ainsi que le Fr. 3, § 2, D., *eodem*, disent d'une manière générale que nous ne pouvons posséder *incertam partem rei.* Rien, en effet, ne s'oppose à ce que des cohéritiers possèdent ensemble une chose héréditaire sans savoir actuellement pour quelle part elle est à chacun d'eux, pourvu que la chose même soit *certa.* Cf. ci-dessus, note 3. Aussi paraît-il que le Fr. 32, § 2, D., *de usurpationibus* 41, 3, tout en rapportant l'opinion que nous critiquons, la repousse comme une *mera subtilitas.*

ne leur revient pas *a priori*. Cette manière d'agir se rencontre dans toutes les législations positives. C'est ainsi, par exemple, que l'on donne le nom de personne à certains êtres fictifs qui ne sont pas des personnes, uniquement parce que la loi leur attribue la capacité d'avoir des droits, qualité qui est propre et inhérente à la nature de la personne [13]. C'est de la même manière encore que, dans le droit romain, le mot action est souvent employé au lieu du mot droit [14]. C'est par une inversion tout analogue que, dans les hypothèses dont nous venons de parler, le nom d'un rapport de droit est employé pour désigner la faculté d'intenter les actions qui servent spécialement à protéger ce rapport [15]. — Il nous reste à indiquer les cas dans lesquels pareille attribution a été faite.

C'est probablement le *precarium* qui a fourni la première occasion de cette extension. Rigoureusement la faculté de demander un interdit, par rapport à l'immeuble concédé *precario*, ne compétait qu'au patron qui avait fait la concession [16]. Cependant des tiers pouvaient commettre des usurpations qu'il importait d'autant plus de faire cesser sans retard, que l'interdit n'était donné que contre celui même qui avait commis l'usurpation et qu'aucun recours n'était possible contre d'autres personnes entre les mains desquelles la possession aurait passé. A une époque plus récente, le client aurait pu agir contre l'usurpateur au nom du patron et comme son représentant; mais l'ancien droit n'admettait point la représentation en justice [17]. Il était donc dans l'intérêt des deux parties d'autoriser le client à solliciter directement l'interdit lui-même sans réclamer l'intervention du patron. C'est ce qui fut admis, en effet, et étendu par la suite à toutes les applications du *precarium*, où la possession est toujours censée transmise au précariste, à moins que l'intention contraire ne soit exprimée ou ne résulte des circonstances [18]. — Ce qui était d'une haute utilité dans le précaire devenait nécessaire dans le gage, *pignus*. La remise du gage, en effet, ne conférait anciennement aucun droit au créancier [19] : elle ne lui donnait qu'une garantie purement matérielle, qui n'était efficace que tant que la chose demeurait en son pouvoir. Si elle venait à lui être enlevée, il aurait eu besoin du concours du débiteur pour

[13] Cf. ci-dessus, § 9, note 4 et §§ 20-24.

[14] Cf. ci-dessus, § 41.

[15] Qu'on n'objecte point qu'à l'époque où la possession fut attribuée au *precarium* et au *pignus*, les interdits n'avaient pas encore le caractère d'*actiones*. Ils n'en étaient pas moins des remèdes de droit. Tout fait d'ailleurs supposer que l'extension que nous signalons était conforme au langage vulgaire. Cf. Cic., *pro Cæcina*, 31. 32, et § 135, note 2; § 138, notes 2. 3.

[16] *Voy.* ci-dessus, § 80, notes 4. 5.

[17] *Voy.* ci-après, t. II, § 187, OBSERVATION.

[18] *Voy.* ci-après, § 90, III et t. II, § 244, n° 3.

[19] Pas même celui de vendre la chose. Cf. ci-après, § 155, notes 9-14. De Savigny n'a pas songé à tirer parti de ce fait dans la défense de sa théorie.

la recouvrer; mais ce concours ne lui était assuré en aucune façon; il pouvait même arriver que le défendeur fût de connivence avec celui qui s'était emparé du gage. A moins de mettre le créancier complétement à la merci du débiteur, il fallait lui donner un moyen de se défendre directement lui-même, et à cet effet l'on pouvait d'autant mieux lui donner les interdits possessoires qu'il est certes permis de supposer que le débiteur, en se dépouillant volontairement de tout pouvoir sur la chose en faveur du créancier, a bien entendu donner à celui qu'il veut garantir ainsi tous les avantages inhérents à ce pouvoir [20]. — Des motifs analogues à ceux que nous avons indiqués en parlant du précaire ont fait également attribuer la possession au fermier des *agri vectigales*, qui, dans le droit nouveau, porte le nom d'emphytéote, ainsi qu'au fermier superficiaire [21]. — Enfin, on a admis par des raisons d'utilité que, dans un cas particulier de dépôt, désigné par le nom de séquestre, la possession peut être transférée au dépositaire [22].

En résumé, la possession exige le pouvoir physique sur une chose et l'intention d'exercer ce pouvoir pour soi : sans la réunion de ces deux conditions, point de possession dans le sens juridique. Cependant la loi applique le nom de possession à certains cas où il y a détention physique d'une chose sans l'intention de l'avoir pour soi, savoir au gage, à l'emphytéose et à la superficie, ainsi qu'au précaire (avec la modification, pour ce dernier cas, que le contraire peut être stipulé), et au séquestre si la possession est expressément attribuée à la personne qui est chargée du dépôt. Cette possession sans *animus domini* n'implique, au reste, autre chose que la détention avec la faculté d'intenter en nom propre les actions possessoires [23] : particulièrement, c'est la personne ayant l'*animus domini* qui continue l'usucapion, si elle était en train d'usucaper au

[20] *Voy.* ci-après, §§ 153. 161. 167, II.—Le débiteur aurait bien pu, en remettant le gage, autoriser le créancier à intenter, comme son mandataire, les actions qu'il avait lui-même. Mais cette mesure n'aurait donné au créancier qu'une arme insuffisante, pour ne pas dire illusoire ; car, d'une part, le mandat est révocable, d'autre part, rien n'aurait empêché le débiteur d'agir lui-même malgré le mandat donné. D'ailleurs, au moment où la loi ou l'usage attribua la possession au créancier gagiste, la représentation en justice n'était point encore admise. *Voy.* ci-après, t. II, § 187, OBSERVATION.

[21] *Voy.* ci-après, §§ 147, n° 3; 149, B, et § 152. Pour le superficiaire, la question est controversée. *Voy.* ci-après, § 152 *in fine*.

[22] *Voy.* ci-après, t. II, § 240.

[23] Ceci est rigoureusement vrai, malgré ce que nous lisons chez JAVOLENUS, Fr. 16, D., *de usurpat.* 41, 3. « ... Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet : quod *ad reliquas omnes causas pertinet*, qui accipit, possidet. » Nous verrons, en effet, ci-après (§ 160, notes 11. 12, et § 161, notes 4-6), que cette proposition de Javolenus est absolument inexacte. Ici il suffit de dire que nos sources reconnaissent bien formellement que le créancier gagiste et le *precario rogans* possèdent pour autrui, *pro alieno*. Fr. 13, pr. Fr. 33, § 4, D., *de usurpat.* 41, 3. — L. 7, § 2, C., *de præscript. XXX annorum* 7, 39. Cf. ci-après, § 160, note 12.

moment où la possession a passé au créancier gagiste, emphytéote, etc.[24].

Observation. Pour désigner les hypothèses dans lesquelles le droit romain attribue la possession à des personnes qui n'ont pas l'intention d'avoir la chose en propre, de Savigny a créé la locution : *abgeleiteter Besitz*, que l'on peut rendre en français par : possession dérivée ou transmise. Ce terme a fait l'objet de diverses critiques, parfois sévères à l'excès. Sans adhérer à ces critiques, nous n'adopterons pourtant pas l'expression de Savigny, par la raison qu'elle complique inutilement la terminologie. Si, dans un cas donné, l'on désire employer un terme spécial pour cette nuance, rien ne s'oppose à ce que l'on se serve des locutions : possession sans *animus domini* ou sans *animus rem sibi habendi,* qui sont claires et précises.

Observation 2. L'analyse que nous avons donnée ci-dessus et qui, sauf quelques légères nuances, est empruntée à de Savigny, est contestée par plusieurs romanistes modernes qui refusent d'admettre l'intention d'avoir pour soi comme un élément de la notion originaire de la possession et cherchent à y substituer un autre *animus,* suffisamment élastique pour comprendre les diverses hypothèses de possession sans *animus domini.* Par une conséquence naturelle, ils rejettent également les termes dont nous nous servons, en leur reprochant, en outre, de n'être pas consacrés par nos sources. Les limites de notre livre ne nous permettent pas de discuter la première question; mais nous osons croire que le lecteur, après avoir pris connaissance de l'ensemble de la matière, trouvera notre théorie rationnelle, conséquente et conforme aux idées romaines. Quant à la terminologie, il est vrai et nous l'avons dit plus haut nous-même, que les locutions *animus domini* et *animus rem sibi habendi* ne se trouvent point *in terminis* dans nos sources [25] ; mais nous y rencontrons des expressions analogues. Il est vrai que l'on conteste aussi ces analogies, sans motifs suffisants d'après nous [26]. Mais, alors même que les

[24] Fr. 16, D., *de usurpat.* 41, 3, à la note précédente. — *Voy.* ci-après, § 90, III; § 160, note 12 et t. II, § 240, nº 4, où nous parlerons des particularités que le séquestre présente par rapport à l'usucapion.

[25] Les Romains disent, entre autres : *animus* ou *affectus possidendi* (Fr. 41 in f., D., *de rebus creditis* 12, 1 ; Fr. 3, § 3, D., *h. t.* 41, 2; Fr. 4, § 2, D., *de usurpat.* 41, 3) et *animus possidentis* et *possessoris* (Fr. 1, § 20. Fr. 18, § 3, D., *h. t.*). Ces locutions sont bonnes là où elles se trouvent; mais nous avons dû en chercher d'autres. Car, dans une analyse logique de la définition, le mot *animus possidendi* ne peut servir à expliquer le sens du mot *possessio.* Cf. ci-dessus, note 7.

[26] *Voy.* ci-dessus, note 7. On est allé jusqu'à nous enlever la ψυχὴ δεσπόζοντος du bon Théophile. Mais on a beau épiloguer sur la forme du participe employé dans cette locution et invoquer mal à propos l'autorité, plus que discutable, du glossaire de Reitz *ad Theoph.* vv. δεσπότης. κύριος, on ne parviendra pas à établir que le professeur Byzantin, en s'exprimant comme il l'a ait, ait voulu dire autre chose que « l'intention qui se rencontre dans la personne de celui qui dispose d'une chose en maître, comme δεσπότης i. e. dominus.

analogies feraient défaut, si notre théorie est fondée, on est bien obligé de reconnaître que nos deux termes sont expressifs, exacts et corrects, et dès lors, il nous est certes permis de les employer, aussi bien que les locutions *litis contestatio negativa,* appréhension, droits réels, contrats innomés et d'autres dont tout le monde se sert sans scrupule.

§ 82. *De la* iuris possessio *ou* quasi possessio.

L'idée de la possession, emportant celle du pouvoir physique sur une chose, ne s'applique rigoureusement qu'aux objets matériels [1]. Envisagée dans ses rapports avec le droit de propriété, la possession se manifeste cependant encore comme l'exercice des pouvoirs compris dans ce droit. Or, à ce point de vue pratique, l'idée a paru susceptible d'être étendue à d'autres droits réels, spécialement aux droits de servitude, qui sont des démembrements du droit de propriété, et l'on a considéré comme possesseur d'une servitude celui qui exerce les pouvoirs contenus dans le droit de servitude. Ainsi, par exemple, si j'ai acquis d'une manière conforme à la loi la faculté de placer les poutres de ma maison dans le mur du voisin, j'ai le droit de servitude, *ius* ou *servitus tigni immittendi.* Mais il peut se faire que j'exerce cette faculté, c'est-à-dire que j'aie des poutres placées dans le mur du voisin sans en avoir le droit; dans ce cas, je n'aurai que la possession du *ius tigni immittendi.* Enfin, si j'ai des poutres placées dans son mur en vertu d'une acquisition légale, j'aurai à la fois le droit et la possession de la *servitus tigni immittendi.* L'exercice du pouvoir contenu dans une servitude, abstraction faite de la question de savoir si l'on a le droit de l'exercer, est appelé *quasi possessio* ou *iuris possessio*, en opposition à la possession d'une chose corporelle, *possessio corporis* [2]. — Pour que pareille *iuris* ou *quasi possessio* existe, il faut également la réunion des deux conditions constitutives de l'idée de la possession, savoir : 1° l'exercice du pouvoir qui est contenu dans le droit en question; 2° *animus possidendi*, l'intention d'exercer ce droit pour soi [3].

A la première vue, on pourrait croire que l'idée de la *iuris possessio* est susceptible d'être appliquée à tous les droits. Les Romains l'ont cependant, avec raison, restreinte aux servitudes; encore l'application qu'ils

[1] Fr. 3, pr. D., *h. t.* « Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia ». — Fr. 4, § 27, D., *de usurpationibus* 41, 3. « Quia nec possideri intelligitur ius incorporale ».

[2] Gaius, IV, 139. — Pr. I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 23, § 2, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. — Fr. 3, § 17, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 2, § 3, D., *de precario* 43, 26 et *passim.* — *Voy.* aussi Fr. 2, in f. D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 7, in f. D., *de itinere* 43, 19.

[3] *Voy.* les détails ci-après, § 135.

en ont faite à cette matière a-t-elle donné lieu à de grandes difficultés. Ils ne l'ont point étendue aux autres *iura in re* [4], moins encore aux droits personnels et aux droits d'obligations, à l'égard desquels, en effet, l'idée de l'exercice d'un pouvoir physique n'est admissible sous aucun rapport [5].

§ 83. *Terminologie et divisions.*

I. *Possessio naturalis.* — *Possessio.* — *Possessio civilis.* Le seul pouvoir que l'on a sur une chose, sans *animus possidendi,* n'a aucune importance en droit : c'est un fait dont la loi ne s'occupe pas, c'est la simple détention, qu'on appelle aussi *possessio naturalis* pour indiquer qu'elle ne signifie rien en droit civil [1]. C'est par le même motif qu'on dit de ceux qui gardent ainsi une chose : *tenent, non possident,* quoiqu'ils soient *in possessione* [2]. — Mais dès que l'intention de posséder se joint au pouvoir physique, il y a *possessio* dans le sens juridique. Cet état de choses est garanti par les interdits, et c'est à lui que s'applique le terme *possessio* par excellence. — Parfois les qualifications *civilis*, *iure civili*, *civiliter*, accompagnent les mots *possessio, possidere,* pour indiquer que, dans l'espèce, la possession a un caractère civil, soit par son origine, soit par

[4] *Voy.* ci-après, §§ 147 et 149. 167. Pour le droit de *superficie* la question est controversée. *Voy.* ci-après, § 152.

[5] Il est vrai que, dans quelques passages, il est question de *possessio ingenuitatis, libertatis, libertinatis, servitutis* (Fr. 14, D., *de probationibus* 22, 3; Fr. 1, pr. Fr. 10. 28, D.. *de liberali causa* 40, 12; Fr. 3, § 10, D., *de adquir. possessione* 41, 2). Mais il suffit de lire ces passages, surtout ceux qui se rapportent à la *possessio servitutis* ou *libertinatis,* pour se convaincre que le mot n'y est point employé dans le sens technique qui nous occupe ici, que notamment la possession dont il s'y agit n'implique aucun avantage, ni aucun *animus habendi.* On ne peut donc admettre en droit romain la définition de Pothier, *Traité de la possession,* nº 38. « En général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit en est une quasi-possession. » Cette extension s'accorde, à la vérité, avec l'esprit de la langue française, qui permet même de dire qu'un acteur est en possession d'amuser le public; mais elle est très-dangereuse quand il s'agit de déterminer la nature et les limites d'un droit. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les raisonnements faibles et erronés dont se servent la plupart des auteurs qui admettent en droit naturel la propriété intellectuelle ou littéraire. — Le Code civil s'est écarté de la terminologie sévère du droit romain : il parle de la possession d'état et de la possession d'une créance. Toutefois il serait difficile de faire entrer dans l'idée de la possession ce qu'il entend par possession d'une créance.

[1] § 5, I., *de interdictis* 4, 15. – Fr. 24, D., *de adq. poss.* 41, 2. – Fr. 9, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 38, § 8, D., *de verb. obl.* 45, 1. – Théophile, *ad Inst.* III, 29, 2. — Des expressions analogues à in possessione esse se rencontrent dans d'autres matières : in servitute esse, in libertate esse, se trouver en état de servitude sans être esclave, se trouver en état de liberté sans être légalement libre (*voy.* ci-après, t. III, §§ 335. 336). De même in bonis esse, des choses qui nous appartiennent sans que nous puissions nous en dire propriétaires d'après le *ius civile* (ci-après, §§ 91. 92). — Cependant la locution in possessione esse s'emploie aussi quand il s'agit de la véritable possession, § 5, I., *de interdictis* 4, 15.–L. 2, C., *de adquirenda poss.* 7, 32.

[2] Fr. 3, § 15, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 2, § 1, D., *pro herede* 41, 5. – Fr. 1, § 9. 10, D., *de vi* 43, 16. — Il est évident que la simple détention ne peut jamais être qualifiée de *possessio civilis.*

rapport à ses effets [3]; par contre, la locution *civiliter non possidere* peut être employée toutes les fois qu'il s'agit d'un pouvoir physique qui n'est pas reconnu par la loi ou qui, à un point de vue quelconque, est contraire à une disposition du *ius civile* [4]. En général, cette terminologie n'a point chez les Romains, qui se servent de leur langue vulgaire, la signification précise et rigoureuse que nous avons l'habitude d'attacher aux termes techniques empruntés à une langue étrangère. C'est pourquoi nous nous abstiendrons des locutions mentionnées, et emploierons, quand il importera de distinguer, les trois termes suivants, qui indiquent avec plus de précision l'idée qu'il s'agit de rendre, et qui, d'ailleurs, sont également consacrés dans le langage romain : détention ou simple détention — possession proprement dite ou *possessio ad interdicta* — enfin *possessio ad usucapionem* [5].

[3] A) Fr. 24, D., *de adq. poss.* 41, 2. – Fr. 38, § 7. 8, D., *de verborum obligat.* 45, 1. – B) Fr. 7, § 1, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 26, pr. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1, combiné avec Fr. 1, § 9. 10, D., *de vi* 43, 16. *Voy.* la note suivante.

[4] On se convaincra de la vérité de cette appréciation, en lisant sans idées préconçues les passages cités aux trois notes précédentes et les suivants, dans lesquels se rencontrent encore les locutions mentionnées dans notre texte, savoir : Fr. 38, § 10, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 3, § 3. 13. Fr. 12, pr. D., *de adq. poss.* 41, 2. – Fr. 2, § 2, D., *pro herede* 41, 5. Parmi les auteurs modernes qui ne partagent pas cette manière de voir, il y a surtout grand dissentiment sur le sens du mot *possessio civilis,* qui, au reste, ne se rencontre qu'une seule fois dans nos sources. D'après de Savigny, ce terme s'appliquerait exclusivement à la *possessio ad usucapionem;* d'après d'autres jurisconsultes, parmi lesquels il faut surtout citer de Vangerow, ce terme comprendrait aussi la *possessio ad interdicta,* au moins celle qui s'exerce avec *animus domini;* enfin, il y a d'autres nuances qui se rapprochent et s'écartent plus ou moins de ces deux thèses. On lira tout ce qui peut être dit pour réfuter ces diverses opinions, dans les développements que donnent, d'une part, DE SAVIGNY, §§ 7. 10, et d'autre part, DE VANGEROW, t. I, § 199, et M. VAN WETTER, n[os] 33. 45; mais l'on y cherchera en vain la démonstration convaincante de la réalité d'aucune d'elles. Le Fr. 2, § 1, D., *pro herede* 41, 5 (surtout si on le combine avec Fr. 33, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3), est certes incompatible avec la thèse de Savigny, ce qui est d'autant plus fâcheux pour elle que c'est le seul texte de nos sources où se trouve employée la locution *possessio civilis.* Par contre, le Fr. 26, pr. D., *de donat. inter. virum et uxorem* 24, 1, combiné avec Fr. 1, § 9. 10, D., *de vi* 43, 16 (qui condamne évidemment la thèse de Vangerow) paraît, à la première vue, en faveur de la signification restreinte du mot *civilis.* Mais quand on considère que, dans ce Fr. 26, D., *cité,* Paul examine une question qui n'a aucun trait à l'*usucapion,* on ne saurait rapporter à cet ordre d'idées la phrase : « licet illa (mulier) iure civili possidere non intelligatur », que nous pouvons traduire tout naturellement comme suit : « bien que le *ius civile* ne reconnaisse à la femme aucun pouvoir sur ces choses, » ou encore : « bien que la femme n'ait aucun pouvoir légal à l'égard de ces choses. » Si l'on tient, en outre, compte des Fr. 24, D., *h. t.* et Fr. 38, § 7. 8, D., *de verb. obl.* 45, 1, (où certes les mots : « civiliter non possident » disent tout autre chose que « ils ne possèdent pas *ad usucapionem* »), l'on demeure convaincu qu'il est impossible d'attribuer aux termes dont il s'agit une signification exclusive, indiquant une condition précise et produisant des effets rigoureusement déterminés. *Voy.* aussi, dans ce sens, M. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen,* t. I. § 135. — Quoi qu'il en soit, il n'est pas à méconnaître que de Savigny a rendu un service réel à la science en reprenant et ravivant une discussion qui a, au moins, eu pour effet de faire disparaître plus d'une erreur, due à l'emploi arbitraire et abusif des termes dont il vient d'être parlé.

[5] Fr. 1, § 15, D., *h. t.* « ... possideri ad usucapionem... » – Fr. 16, D., *de usurpat.* 41, 3. « ... qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet... »

II. *Possessio iusta.* — *Possessio iniusta.* On peut entendre par possession juste toute possession qu'on a le droit d'avoir [6]. Mais dans un sens plus spécial, les termes *possessio iusta* et *possessio iniusta* se rapportent à la manière dont la possession a été acquise. Dans ce sens, la possession est injuste ou vicieuse quand elle a commencé *vi, clam aut precario,* et l'on appelle *iusta* celle dont l'acquisition n'est entachée d'aucun de ces vices [7]. — Pour notre matière, il importe, en général, peu que la possession soit juste ou injuste [8].

III. *Bonæ fidei possessio.* — *Malæ fidei possessio* [9]. On possède de bonne foi quand on croit qu'on a le droit d'avoir la chose soit à titre de propriétaire, soit comme créancier gagiste, emphytéote, superficiaire, etc. Toutes les fois que l'on possède sans avoir cette croyance, on est possesseur de mauvaise foi [10]. — Cette distinction, fort importante à d'autres points de vue [11], n'influe en rien sur le droit d'intenter les interdits.

Observation. Les mots *possidere*, *possessio*, *possessor* se rencontrent encore dans diverses autres significations. Nous renvoyons, sous ce rapport, à ce que nous avons dit ci-dessus, quand nous avons traité des cautions et des envois en possession [12], en ajoutant les nuances suivantes. — Dans les premiers temps, les mots *possidere* et *possessio* s'appliquaient de préférence aux occupations du domaine public et aux fonds provinciaux [13]; plus tard, à toute propriété immobilière [14]. Aussi donne-t-on, sous l'empire, le nom de *possessores* aux propriétaires fonciers qui fournissent le principal impôt, *capitatio terrena*, en opposition à la masse frappée de la *capitatio humana* ou *plebeia* [15]. Ces *possessores* jouissent de nombreux pri-

[6] Fr. 13, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. – Fr. 7, § 8, D., *communi dividundo* 10, 3.

[7] Térence, *Eunuchus,* II, 3, 27 sq. – Gaius, IV, 151. – § 4, I., *de interdictis* 4, 15. – Fr. 6, pr. Fr. 13, § 13. Fr. 53, D., *h. t.*, 41, 2. – Fr. 1, § 28, D., *de vi* 43, 16. – Fr. 1, pr. § 3. 5. , D., *uti possidetis* 43, 17. – Fr. 1, pr. D., *de precario* 43, 26. – L. 7. 11, C., *h. t.* 7, 32.

[8] Fr. 3, § 5, D., *h. t.* « In summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat ». – Fr. 2, D., *uti possidetis* 43, 17. « .... Qualiscumque enim possessor, *hoc ipso quod possessor est,* plus iuris habet, quam ille qui non possidet ». *Voy.* ci-après, §§ 88 sqq., et surtout § 89, notes 21. 42.

[9] Gaius, II, 43. – Pr. I., *de usucapionibus* 2, 6. – Fr. 109, D., *de verb. signif.* 50, 16 et *passim.*

[10] *Voy.* ci-après, § 107 obs. et § 113, c. — On peut être possesseur de bonne foi et avoir une possession injuste; par exemple, quand on s'empare de vive force, *vi,* d'une chose dont on croit être propriétaire. Par contre, on peut être possesseur de mauvaise foi, sans avoir une possession injuste; par exemple, quand on a acheté une chose qu'on savait ne pas appartenir au vendeur.

[11] *Voy.* ci-après, § 107, obs., §§ 108. 109, c et § 120, observation.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 70, notes 42-52.

[13] *Voy.* ci-dessus, nos 13. 82-87. 107. Cf. ci-après, § 88 *in fine.*

[14] Fr. 38, pr. D., *de minoribus* 4, 4. – Fr. 5, § 10-12, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. – Fr. 7, D., *de incendio* 47, 9. – Fr. 78, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[15] *Voy.* ci-dessus, nos 227. 228, et Fr. 15, pr. § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. – Fr. 1, D., *de decretis ab ordine faciendis* 50, 9. – L. 6, Th. C., *ad legem Iuliam repet.* 9, 27. – L. 2, Th. C. *de publica comparatione* 11, 15. – L. 4, Th. C., *de naufragiis* 13, 9. – *Nov. Valentin. de tironibus,* VI, 2, 1. – L. 8, I. C., *de ædificiis privatis* 8, 10 et *passim.*

viléges : entre autres, à cause de leur solvabilité apparente, on les dispense de fournir la caution satisdatoire exigée dans certains actes de la procédure [16].—Au point de vue de la procédure, le mot *possessor* présente encore une signification toute particulière. Comme la revendication ne peut, en général, être intentée que contre la personne qui se trouve en possession de la chose revendiquée, on a pris l'habitude d'appeler *possessor* le défendeur dans les actions revendicatoires et même dans d'autres actions [17]. Partant de là, les commentateurs ont créé les termes * *ficta possessio* et * *fictus possessor* pour désigner certaines hypothèses dans lesquelles la revendication et d'autres *actiones in rem* ou *in rem scriptæ* peuvent être dirigées contre une personne qui ne possède réellement pas, mais qui doit répondre à l'action, comme si elle possédait [18].

COMMENT LA POSSESSION S'ACQUIERT †.

§ 84. *Règles générales.*

La possession n'étant qu'un simple fait, au moins quant à son origine, le législateur ne devrait pas, à la rigueur, fixer les règles de l'acquisition de la possession [1]. Toutefois, comme ce fait produit des effets juridiques, il importe de déterminer à quel moment il est acquis ; et par le même motif, la loi a pu modifier les principes qui résultent de la nature des choses.

Comme la possession suppose nécessairement le pouvoir physique sur une chose avec l'intention de la posséder, il est évident qu'elle ne peut

[16] Fr. 15, pr. § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8, et ci-dessus, § 70, note 35.

[17] § 1 in f. I., *de actionibus* 4, 6. – § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 16, § 4. 7. Fr. 19, § 1. Fr. 22. 34, § 1. Fr. 35, D., *de heredit. petit.* 5, 3. – Fr. 9. 27, § 1. 2. 5. Fr. 55, § 1. 2 D., *de rei vind.* 6, 1 et *passim*. Cf. ci-dessus, § 67, note 11, et ci-après, § 118, c.

[18] *Voy.* ci-après, § 118, c; t. II, § 285; t. III, § 410, c; § 411, c *in fine*.

† Tit. D., *de adquirenda vel amittenda possessione* 41, 2. – Tit. C., *de adquirenda et retinenda possessione* 7, 32. — *A priori* l'on pourrait blâmer l'emploi du mot acquérir, qui, rigoureusement, ne devrait s'appliquer qu'aux droits ; mais il s'explique et même se justifie quand on considère que la possession, par ses effets, participe de la nature du droit. *Voy.* ci-dessus, § 80, note 1. Cependant il n'est pas à méconnaître que l'emploi du mot acquérir n'ait une grande part dans la confusion qui a, jusque dans les derniers temps, fait de notre matière un vrai dédale.

[1] L'homme ne peut, en effet, changer les lois physiques. Aussi la question serait plus logiquement posée en ces termes : « Quels sont les faits qui peuvent faire naître dans notre chef le pouvoir physique sur une chose qu'on est convenu d'appeler possession ? » De cette manière, nous nous trouverions, au moins pour l'un des éléments de la possession, en présence d'une simple question de fait placée en dehors du domaine du droit. Cependant l'esprit humain, tout en subissant les phénomènes physiques, peut, à l'aide de l'analyse, découvrir les lois naturelles qui les régissent et transporter ces lois dans le domaine moral, là où les faits agissent sur ce domaine. C'est même un devoir pour la science et pour le législateur ; mais il faut que l'analyse qu'on applique soit consciencieuse et rigoureuse, et le travail à faire pour y arriver paraît bien difficile dans notre matière, à en juger par les bizarreries qui se sont produites durant tant de siècles, en dépit des beaux exemples que la jurisprudence romaine avait donnés.

être acquise que pour autant : 1° que nous ayons fait un acte qui nous mette à même de tenir la chose et d'en disposer comme bon nous semble : c'est ce que les modernes appellent *apprehensio* *; 2° que nous ayons pris le pouvoir dans l'intention de l'exercer pour nous, *animus possidendi* [2].

Nous examinerons ces deux points en détail.

1° L'appréhension suppose toujours un acte qui nous mette à même de disposer matériellement de la chose. Il va sans dire que nous avons appréhendé une chose que nous tenons dans la main, de manière à en disposer comme bon nous semble; mais il n'est pas nécessaire que nous la tenions ou même que nous la touchions seulement. Il peut se faire que nous touchions une chose sans que nous puissions en disposer, par exemple, les vagues de la mer, que nous pouvons toucher de notre rame ou de notre main sans en avoir aucunement la possession [3]. Par contre, il se peut fort bien que nous soyons à même de disposer d'une chose sans que nous la touchions ou que nous la tenions matériellement. Ainsi nous avons la possession des choses que nous avons enfermées dans l'armoire dont nous tenons la clef, etc. Cette vérité se trouve exprimée dans un passage de Paul, qui dit que sans toucher une chose nous pouvons en acquérir la possession, par cela seul qu'elle est à portée de notre volonté ou de notre vue [4]. La nature de l'appréhension ainsi constatée, faisons application de l'idée que nous venons d'analyser. Trois hypothèses peuvent se présenter : 1° prendre possession d'une chose qui ne se trouve actuellement au pouvoir de personne; 2° prendre possession d'une chose qui se trouve déjà au pouvoir d'un autre avec son consentement; 3° en prendre possession sans son consentement. — L'hypothèse la plus facile est évidemment la seconde, dans laquelle une personne qui a déjà le pouvoir sur une chose nous le transmet de son gré : c'est ce que l'on appelle tradition [5]. Car dans ce cas, nous n'avons pas besoin de créer

[2] PAUL, V, 2, 1. — Fr. 3, § 1, D., *h. t.* « Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore, aut per se animo. » — Fr. 8. 34, pr. D., *eodem.* — Fr. 153, D., *de regulis iuris.*

[3] DE SAVIGNY, §§ 14 et suivants. *Voy.* aussi ci-après, § 86, note 16.

[4] Fr. 1, § 21, D., *h. t.* « ... Non esse enim corpore *et tactu* necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu : et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint (venditor et emtor), et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori... traditæ fuerint. » Au lieu des mots *et tactu*, les manuscrits lisent *et actu;* mais l'ensemble de la phrase exige *et tactu*, leçon qui, au reste, s'obtient de la manière la plus facile au moyen d'une gémination. *Voy.* ci-dessus, § 57, note 4. — Fr. 3, § 1, D , *eodem.* « ... Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet : sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire; dum mente et cogitatione sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere. »

[5] Le mot *traditio* se rencontre dans des significations diverses. Notamment 1° on l'emploie parfois quand il s'agit tout simplement de la remise matérielle d'une chose sans portée juridique; 2° on entend par tradition la remise d'une chose qui se fait en vue de transmettre la possession

un pouvoir physique, nous n'avons qu'à accepter la transmission d'un pouvoir déjà existant [6]. A cet effet, il suffit, quand il s'agit d'immeubles, que celui qui veut nous céder sa possession nous autorise, alors que nous nous trouvons en présence du fonds [7], à en disposer; pourvu, bien entendu, qu'aucun obstacle physique ne s'oppose à ce que son autorisation sorte ses effets, ou, comme les Romains disent, pourvu que la possession du fonds soit *vacua* [8]. Aucun autre acte physique n'est nécessaire; car, dès le moment de l'autorisation donnée, nous sommes à même de disposer du fonds comme bon nous semble [9], puisque la seule personne qui en avait la disposition s'en dépouille en notre faveur [10]. L'application du même principe aux choses mobilières offre plus de variété. Il est d'abord certain que la possession d'un objet mobilier nous est transférée lorsque le possesseur actuel nous l'a remis entre les mains; mais le même résultat peut être obtenu d'une manière beaucoup plus simple. Il suffit, en effet, que la chose ait été mise devant nous de façon que nous puissions la prendre, ou que nous ayons, avec le consentement du *tradens,* placé des gardiens près de la chose, ou simplement apposé notre

de la chose, et c'est dans ce sens que nous prenons le mot ici. 3° Enfin *traditio* se dit aussi de la remise d'une chose qui a pour effet de transférer à la fois la possession et la propriété de la chose remise. C'est de cette tradition que nous aurons à parler ci-après, § 105.

[6] C'est à cette hypothèse que se rapportent les textes suivants : Fr. 1, § 21. Fr. 3, § 1. Fr. 18, § 2, D., *h. t.* – § 45, I., *de rerum divisione* 2, 1. – Fr. 77, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 74, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 1, § 2. Fr. 14, § 1, D., *de periculo et commodo rei vend.* 18, 6. – Fr. 2, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 9, § 3, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 3, § 12, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. – Fr. 31, § 1, D., *de donat.* 39, 5. – Fr. 9, § 6, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. – Fr. 79, D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 2, C., *h. t.* 7, 32.

[7] Car, sans cela, nous n'avons point la faculté de disposer de la chose, à moins qu'elle ne se trouve déjà en notre pouvoir matériel, hypothèse qu'on a l'habitude de désigner par le mot *traditio brevi manu.* Cf. ci-après, notes 13. 22, et § 86, n° 3. La présence du *tradens* n'est point nécessaire : il peut manifester sa volonté par lettre, par un messager. Fr. 77, D., *de rei vind,* 6, 1. Cf. Fr. 48, D., *h. t.*

[8] Vacua possessio. Cette locution expressive et d'autres analogues se trouvent, comme techniques, dans les actes juridiques et chez les auteurs : Cic., *ad Herennium,* IV, 29; *pro Tullio,* 13. – Gaius, IV, 131. – *Vaticana fragm.* 249. – Fr. 36, D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 77, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 68, § 2, D., *de contr. emt.* 18, 1. – Fr. 2, § 1, D., *emti* 19, 1. – Fr. 4, pr. D., *de usuris* 22, 1.–Fr. 33, § 1, D., *de donationibus* 39, 5. – Fr. 18, § 2. Fr. 33. 34, pr. Fr. 52, § 2, D., *h. t.* – Fr. 4, § 22. 28, D., *de usurpat.* 41, 3.– Fr. 3, § 12, D., *de vi* 43, 16. – Fr. 52, § 1. Fr. 75, § 7, D., *de verb. obl.* 45, 1. – L. 2, C., *h. t.* 7, 32. — Au Fr. 20, D., *de servitutibus* 8, 1, nous lisons : « iuris vacui traditio ».

[9] Quand il s'agit d'un enclos, d'une maison fermée, il faudra, dans l'ordre habituel des choses, encore la remise des clefs; mais aussi cette remise suffira si elle se fait avec l'intention de transmettre la possession. Cf. ci-après, note 12.

[10] Fr. 77, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 3, § 1, D., *h. t.* – Fr. 18, § 2, D., *eodem.* « Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercatum (al. *mercato,* c'est-à-dire, à moi qui ai acheté. Cf. Gaius, II, 61) venditor ex mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem. – Fr. 52, § 2, D., *eodem.* – Cf. Fr. 2, § 1, D., *emti* 19, 1. – L. 2, C., *h. t.* 7, 32.

marque [11]. Quand il s'agit d'objets renfermés, la possibilité physique d'en disposer nous sera acquise dès que le possesseur actuel nous remet ou fait remettre les clefs de la cave, du magasin, de la maison où ils se trouvent enfermés, pourvu que nous nous trouvions près du bâtiment [12]. tradition peut aussi s'opérer, sans que nous nous trouvions près de la La chose dont il s'agit, si cette chose est déjà en notre pouvoir [13] ou si le possesseur actuel, d'après nos instructions, la remet, ou fait remettre, à un tiers désigné ou dans un endroit qui est à notre disposition exclusive [14]. — L'appréhension doit naturellement se manifester d'une manière plus énergique quand nous voulons soumettre à notre pouvoir une chose qui n'est actuellement soumise à personne. Dès lors, il ne suffit

[11] Fr. 79, D., *de solutionibus* 46, 3. « Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut et tu statim librereris, et mea esse incipiat. Nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi, et quodammodo manu longa tradita existimanda est. » — Fr. 1, § 21, D., *h. t.* « Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditam, Priscus ait, idemque esse, si numos debitorem iusserim alii dare; non esse enim corpore et tactu (ci-dessus, note 4) necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint. » — Fr. 51, D., *eodem.* « Quarumdam rerum animo possessionem adipisci nos, ait Labeo; veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universæ amphoræ vini simul essent... » — Fr. 14, § 1, D., *de periculo et commodo rei venditæ* 18, 6. « Materia emta si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculum, respondit; si minus, venditoris : videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. » Le Fr. 1, § 2, D., *eodem*, donne une solution toute différente par rapport à des tonneaux de vin. « Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri, Labeo contra. Quod et verum est ; magis enim ne submutetur, signari solere, quam ut traditum videatur. » C'est que d'abord, dans cette espèce, le tonneau, se trouvant dans la cave du vendeur, n'est pas à la disposition de l'acheteur, et qu'ensuite les parties, en apposant la marque, n'avaient point l'intention de transférer, et respectivement d'acquérir la possession du tonneau, mais bien celle de le faire reconnaître et d'empêcher qu'il ne fût confondu avec d'autres, *magis ne submutetur quam ut traditum videatur.* »

[12] *In præsenti re*, c'est-à-dire que nous nous trouvions dans des conditions telles, que nous puissions immédiatement disposer des objets renfermés. S'il en était autrement, nous n'aurions acquis la possession qu'au moment où nous nous serions mis dans cette condition. *Voy.* ci-dessus, notes 7-9. Fr. 9, § 6, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1 (§ 45, 1., *de rerum divisione* 2, 1).— Fr. 74, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. « Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sunt; quo facto, confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, et si non aperuerit horrea. Quod si venditoris merces non fuerint, usucapio confestim inchoabitur. — Fr. 1, § 21, D., *h. t.* « ... Et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint. »

[13] Hypothèse qu'on a l'habitude de désigner par le mot *traditio brevi manu*. Cf. ci-dessus, note 7, et ci-après, § 86, n° 3.

[14] (Paul, V, 11, 1. *Vaticana fragm.* 254.) Fr. 31, § 1, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 3, § 12, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. — Fr. 9, § 3, D., *de iure dotium* 23, 3. « Quid enim interest, inferantur volente eo (marito) in domum eius, an ei tradantur ». — Fr. 1, § 21, D., *h. t.*, ci-dessus, note 11. — Fr. 18, § 2., D., *eodem.* « Si venditorem, quod emerim deponere in mea domu iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit », c'est-à-dire : « Si, ayant acheté de vous un objet, sur l'identité duquel nous sommes parfaitement

pas d'être en présence de la chose, immobilière ou mobilière, dont nous voulons prendre possession; il faut un acte extérieur et palpable qui démontre d'une manière certaine qu'elle est soumise à notre pouvoir [15]. C'est pourquoi Justinien décide avec raison que nous n'avons pas appréhendé l'animal blessé à la chasse : pour que nous en ayons réellement la possession, il faut que nous l'ayons pris mort ou vivant [16]. — Enfin, par les mêmes raisons, un acte extérieur et palpable est également nécessaire quand il s'agit d'une chose qui se trouve au pouvoir d'un autre et dont nous voulons nous emparer sans son consentement; encore faut-il que l'acte, tout en nous permettant de disposer de la chose, implique en même temps cessation du pouvoir dans la personne du possesseur actuel [17].

2° *Animus possidendi*. Il faut que nous ayons l'intention d'avoir la chose pour nous [18]. Il en résulte que les personnes qui n'ont pas de volonté ne sont pas capables d'acquérir la possession par elles-mêmes, par exemple, les personnes civiles, les fous, les furieux, les enfants [19]. Mais leurs représentants, les syndics, les curateurs peuvent faire acte d'appréhension pour elles [20]. — Remarquons ici que, dans les cas exceptionnels où la loi attribue la possession à un détenteur qui n'a point l'*animus rem sibi*

d'accord, mais qui ne se trouve pas *in præsentia*, je vous prie de le faire remettre à mon domicile, la possession me sera acquise dès que l'objet y aura été remis, *quamquam id nemo dum attigerit;* par exemple, s'il avait été déposé dans une boîte appliquée à ma maison, comme nous avons aujourd'hui nos boîtes aux lettres.

[15] Pour les immeubles : § 22, I., *de rerum divisione* 2, 1. – Fr. 7, § 3, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. Cf. Fr. 3, § 1, D., *h. t.* — Pour les choses mobilières : § 13. 14, I., *de rerum divisione* 2, 1. – Fr. 15, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 5, § 1. 2, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. – Fr. 3, § 3, 11. 14. 15. Fr. 44, pr. Fr. 53, D., *h. t.* — *Voy.* encore ci-après, § 98.

[16] (§ 13, I., *de rerum divisione* 2, 1.) Fr. 5, § 1, D., *de adquirendo rer. dom.* 41, 1. « Illud quæsitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse, et eousque nostram videri, donec eam persequamur ; quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse, et rursus fieri occupantis. Itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, *quia multa accidere possunt ut eam non capiamus;* quod verius est.

[17] *Voy.* pour les détails, ci-après, notes 24-26, et § 86, n° 1 ; § 87, notes 4 sqq.

[18] Cf. ci-dessus, § 81, notes 7 et suivantes.

[19] Fr. 7, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 1, § 22, D., *h. t.* – Fr. 16, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 1, § 15, D., *si is, qui testamento* 47, 4. – Fr. 1, § 3. Fr. 18, § 1, D., *h. t.* 41, 2. Les *puberes infantia maiores* peuvent acquérir la possession quand ils ont l'esprit suffisamment développé. Fr. 1, § 3, D., *eodem.* — Il paraît même que l'enfant pouvait acquérir la possession en personne, pourvu qu'il fût assisté de son tuteur, du moins en ce qui concerne les choses mobilières. Fr. 1, § 21. Fr. 32, § 2, D., *de acq. poss.* 41, 2. – L. 2, *eodem* 7, 32. Cf. L. 26, C., *de donat.* 8, 54. *Voy.* pour les détails de cette question, peu intéressante au point de vue théorique, DE SAVIGNY, § 21. – VAN WETTER, n° 67 sqq.

[20] § 5, I., *per quas personas nobis acquiritur* 2, 9. « ... Per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum *scientibus*, sed etiam *ignorantibus* vobis acquiri possessionem. » – Fr. 1, § 20. 22. Fr. 2, D., *de adq. poss.* 41, 2. – Fr. 7, § 3, D., *ad exhibendum*, 10, 4. – Fr. 11, § 6, D., *de pignor. actione* 13, 7. — *Voy.* le paragraphe suivant, n° 3, et spécialement pour l'hérédité jacente, ci-après, t. III, § 411.

habendi, l'intention de celui qui veut acquérir la possession se borne uniquement à la volonté de tenir la chose et d'user des interdits possessoires [21].

3° Il faut que les deux conditions que nous venons d'analyser se trouvent dans le rapport de causalité que nous avons décrit ci-dessus [22].

Dès que le pouvoir physique obtenu par l'appréhension et l'*animus possidendi* sont réunis, conformément à ce que nous avons dit, la possession nous sera acquise; mais il n'est pas nécessaire que ces deux conditions coïncident dans le même moment. Ainsi, quand nous avons déjà la détention d'une chose et que, plus tard, à ce pouvoir physique vient se joindre l'intention d'avoir la chose pour nous, la possession nous sera évidemment acquise dès que ce concours des deux conditions existera : c'est ce que les Romains appellent acquérir *solo animo* [23].—Toutefois cette conséquence, incontestable en thèse générale, subit une modification quand il s'agit de choses que nous détenons pour autrui. Dans ce cas, nous ne commençons point à posséder pour nous-même par le seul changement de notre volonté. Ce changement, en effet, étant purement intérieur et ne se manifestant point au dehors ne saurait détruire le fait extérieur et palpable de la possession qui s'exerce conformément à la volonté de notre principal à laquelle nous servons d'instrument [24]. Pour que cette possession passe à nous, il faut un acte positif qui constate la cessation du pouvoir dans la personne du principal, en même temps qu'il manifeste le changement de volonté dans notre chef : soit que nous manifestions ce changement de volonté d'accord avec le principal, auquel cas, il y a une véritable tradition qu'on a l'habitude d'appeler *traditio brevi manu* [25]; soit que cette manifestation se fasse sans son consentement, mais de manière à ne laisser aucun doute sur sa dépossession [26]. Les Romains consacrent ce fait par un adage célèbre : *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, ce qui veut dire que « quand nous avons com« mencé à détenir ou à posséder une chose en telle qualité déterminée,

[21] *Voy.* ci-dessus, § 81, notes 13 et suivantes.

[22] *Voy.* ci-dessus, § 81, notes 11. 12, et Fr. 55, *verb.* Summam tamen D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1.–Fr. 1, § 3, D., *h. t.* «... sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat ». – Fr. 3, § 3. Fr. 26, D., *eodem.*

[23] Fr. 3, § 3, D., *h. t.* « ... *Solo* animo non posse nos adquirere possessionem, *si non* antecedat naturalis possessio ». – Fr. 9, § 9, D., *de rebus creditis* 12, 1. – (§ 44, I., *de rerum divisione* 2, 1.) Fr. 9, § 5, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. « Interdum *nuda voluntas* domini sufficit ad rem transferendam... ». – Cf. PAUL, V, 2, 1, et Fr. 10, pr. D., *h. t.*

[24] *Voy.* ci-dessus, § 81, notes 9. 10.

[25] Ce terme a été forgé par les commentateurs d'après le Fr. 43, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3, combiné avec le Fr. 79, D., *de solutionibus*, transcrit ci-dessus, note 11.—Nous donnerons plus de détails sur cette opération intéressante, ci-après, § 86, n° 3.

[26] Pareil acte est qualifié de *contrectatio* quand il s'agit de choses mobilières, et de *deiectio* quand il s'agit d'immeubles. *Voy.* ci-après, § 86, note 12.

« nous ne pouvons, de notre seule volonté, changer cette qualité et « posséder à un autre titre. » Cet adage recevait anciennement une application importante dans une espèce d'usucapion qu'on appelait *usucapio pro herede* [27], et il est possible qu'il ait été créé à cette occasion. Mais la règle qu'il exprime n'est pas exclusivement propre à cette matière. Loin de là, elle découle de la nature des choses et est, sans conteste, d'une application générale [28].

Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent naturellement aussi à la possession collective. Plusieurs personnes, unies par la même intention, peuvent ensemble occuper une chose actuellement sans maître, ou bien s'emparer d'une chose possédée par un autre, malgré le possesseur actuel : de même, plusieurs personnes peuvent ensemble recevoir la possession du possesseur actuel au moyen de la tradition. Enfin, l'un des copossesseurs peut transférer sa possession à un tiers ; mais cette tradition suppose naturellement le concours de volonté des autres copossesseurs [29].

Observation I. Nous avons dit que l'appréhension exige toujours un acte qui nous mette dans la possibilité physique de disposer de la chose pour nous et à l'exclusion de tout autre, sans que cependant cet acte doive nécessairement impliquer un contact corporel. Cette dernière circonstance a engagé les commentateurs à parler d'appréhensions et de traditions symboliques et feintes. Il n'est pas nécessaire de faire observer combien il est invraisemblable que les Romains aient introduit des modes symboliques et des fictions dans une matière qui est entièrement de fait. Ce que nous avons dit dans le paragraphe suffit pour montrer que, dans les cas que l'on cite ordinairement comme exemples de traditions symboliques, il y a réellement appréhension matérielle, c'est-à-dire acquisition du pouvoir physique. Nous aurons ci-après, § 106, l'occasion de prouver la même chose à l'égard des deux modes de tradition qu'on mentionne, sous les noms de *traditio brevi manu** et *constitutum possessorium**, comme des exemples de traditions feintes. Mais nous devons faire observer dès à présent que ces notions ne sont pas seulement étrangères au droit romain [30], mais encore rationnellement impossibles. Car dès que l'on admet des appréhensions réelles et des appréhensions symboliques ou feintes,

[27] Fr. 33, § 1, D., *de usurpationibus* 41, 3. – Fr. 2, § 1, D., *pro herede* 41, 5. *Voy.* ci-après, § 110, d, et t. III, § 412.

[28] *Voy.* les textes cités à la note précédente et Fr. 3, § 19. 20. Fr. 18, pr. Fr. 19, § 1, D., *h. t.* – Fr. 10, D., *si pars hereditatis petatur* 5, 4. – Fr. 2, § 21, D., *pro emtore* 41, 4. – Fr. 1, § 1. 2, D., *pro donato* 41, 6. – Fr. 6, § 3. Fr. 22, pr. D., *de precario* 43, 26. – L. 5, C., *h. t.* 7, 32. – L. 23, C., *de locato* 4, 65.

[29] Si ce concours faisait défaut, il n'y aurait plus de volonté collective, plus de *co-possessio*. Cf. ci-dessus, § 81, note 3, et ci-après, § 106, b *in fine;* t. II, § 191, obs. 1.

[30] A l'égard de la plupart des passages qui ont servi de prétexte à ces créations des commen-

rien ne s'oppose à ce que la possession de la même chose soit acquise par deux personnes différentes : par l'une au moyen d'un acte réel, par l'autre au moyen d'un acte symbolique ou feint, ce qui conduit directement à la conclusion impossible que *plures eamdem rem in solidum possidere possunt*. L'histoire du moyen âge et des siècles derniers nous a montré par plus d'un exemple à quelles conséquences absurdes et déplorables cette erreur théorique peut conduire.

Observation 2. Beaucoup d'erreurs ayant cours dans la matière dont nous venons de nous occuper sont provenues de ce que l'on a souvent négligé d'observer que, dans plusieurs textes du *Corpus iuris* (surtout parmi ceux qui se rapportent à la tradition), la question dont il s'y agit est traitée, non pas uniquement au point de vue de l'acquisition de la possession, mais plutôt en vue d'autres questions, de savoir, par exemple, s'il y a eu transfert de la propriété, si le débiteur a fait livraison de manière à être libéré, etc. [31]. Nous aurons à faire une observation analogue ci-après, quand nous traiterons de la perte de la possession [32].

§ 85. *Acquisition de la possession par des représentants.*

Comme la possession suppose le concours de notre volonté et que nous ne pouvons vouloir par autrui, il paraît impossible que nous puissions acquérir la possession autrement que par nous-même. Le droit romain cependant, ayant posé en principe que la capacité juridique des personnes sous puissance est absorbée par la personnalité du *paterfamilias*, a dû également admettre que ce dernier pouvait vouloir, et par conséquent

tateurs, il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre de l'absence de tout symbole et de toute fiction. Pour mettre à nu l'inanité de la thèse en ce qui concerne la remise des clefs, acte symbolique par excellence (*voy.* ci-dessus, notes 9 et 12), il suffit de supposer une clef qui ne s'adapte pas à la serrure ou bien une clef de plâtre ou d'une autre matière fragile. Cette circonstance n'ôterait évidemment rien au symbole, et pourtant personne n'oserait soutenir que la remise d'une pareille clef transmettrait à celui qui la reçoit la possession des marchandises renfermées dans le magasin. La L. 1, C., *de donationibus* 8, 54, est plus embarrassante, puisqu'elle semble dire que la remise des titres d'acquisition implique tradition des esclaves auxquels ces titres se rapportent. Pour écarter cette difficulté, les glossateurs admettaient déjà que la remise des titres s'était faite en présence des esclaves. Cf. ci-dessus, notes 7. 13. Cette supposition est d'autant plus plausible que la loi citée est un rescrit, et que, dans ce genre de constitutions, les empereurs se bornent souvent à mentionner les faits spéciaux qui ont déterminé leur décision, sans répéter les autres faits exposés dans la requête ; ce qui pouvait se faire sans inconvénient, parce qu'ordinairement les rescrits se donnaient au bas de la requête. Cf. ci-dessus, n° 184. Ajoutons que la place que la loi occupe (au titre *de donationibus* et non pas au titre *de adquirenda possessione*) nous autorise à croire que la remise des titres n'y est mentionnée que comme un indice de l'intention sérieuse du donateur d'exécuter immédiatement la donation consentie. Cf. ci-après, t. II, § 253, nos 1 et 4.

[31] Ainsi, c'est à ce dernier point de vue que la tradition est envisagée, entre autres, dans les textes cités à la note 11.

[32] *Voy.* ci-après, § 85, note 8.

acquérir la possession par elles [1]. L'expérience ayant prouvé l'utilité de la mesure, on en étendit le principe à des cas où une personne soumet, librement et sans nécessité juridique, sa volonté à la nôtre [2], et l'on finit par admettre d'une manière générale la possibilité de la prise de possession par représentants, *per liberas personas* [3]. — Pour que l'acquisition se fasse ainsi, soit par une personne soumise à notre puissance, soit par un simple représentant, il faut :

1° Que le tiers soit capable d'acquérir la possession et qu'il fasse l'acte d'appréhension dans l'intention de le faire pour nous [4]. S'il le faisait dans une autre intention, nous n'aurions point acquis la possession. Cependant quand l'appréhension se fait au moyen de la tradition, c'est-à-dire quand le possesseur actuel remet la chose, avec l'intention de nous la faire avoir, à celui qui se présente comme notre représentant, la seule intention de celui-ci de recevoir pour lui-même ou pour une autre personne n'empêchera pas que la possession nous soit acquise. La raison de cette règle, fondée dans la nature des choses [5], est la même que nous avons indiquée au paragraphe précédent, en parlant de la coexistence du *corpus* et de l'*animus*. En effet, comme le simple changement d'intention de celui qui possède au nom d'un autre ne suffit pas pour faire perdre à ce dernier sa possession, de même l'intention de notre représentant d'avoir pour lui-même ou pour un autre l'objet qu'il reçoit en notre nom, tant qu'elle ne se manifeste point d'une manière extérieure et palpable, ne saurait dénaturer la remise qui se fait par le *tradens* uniquement dans l'intention de nous transférer la possession [6] et qui est ainsi acceptée par notre mandataire [7]. La possession nous sera donc acquise conformément à la volonté manifeste des parties agissantes [8], et elle nous demeurera acquise tant que l'intention contraire du représentant n'aura pas été ma-

[1] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 325. 330. 334.

[2] Dès lors, en effet, elle devient notre instrument, et nous saisissons la chose par elle, comme nous le ferions par un instrument matériel, une pince, un lacet : *ministerium præstat nostræ possessioni.* Cf. ci-après, note 13, et ci-dessus, § 81, note 9.

[3] *Voy.* ci-après, n° 3.

[4] Fr. 1, § 9. 10. 19. 20, D., *h. t. Voy.* encore ci-après, aux notes 10-13.

[5] Et non pas sur une disposition positive et exceptionnelle de la loi, comme dit DE SAVIGNY, § 26. Cf. ci-après, note 7.

[6] Cf. ci-après, § 86, note 29.

[7] Par cela même que l'*accipiens* se présente comme notre mandataire, il manifeste l'intention de recevoir pour nous. C'est donc en vertu de l'accord manifeste du *tradens* et de l'*accipiens* que la possession nous est acquise, et non pas en vertu de l'intention isolée du *tradens*, comme le dit DE SAVIGNY, *l. l.*, en donnant notre règle comme constituant une exception.

[8] Fr. 13, D., *de donationibus*, 39, 5, et Fr. 37, § 6, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. *Voy.*, pour l'explication de ces passages, ci-après, § 106, A *in f.* — Fr. 3, § 12, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1, et Fr. 43, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Notre règle, conforme aux principes et à l'équité, entraîne des conséquences pratiques très-importantes, parmi lesquelles nous nous bornons à signaler les suivantes : 1° C'est nous qui, au moment où notre représentant reçoit la

nifestée par un acte extérieur qui constate notre dépossession [9]. — Nous avons dit que notre représentant doit appréhender la chose dont il veut nous faire avoir la possession. Cela est indubitable en principe, mais il n'est pas moins évident qu'il n'a plus besoin de l'appréhender si elle se trouve déjà en son pouvoir [10]. Particulièrement s'il la possède lui-même [11], il suffit qu'il cesse de vouloir posséder pour lui, afin de posséder pour nous, et qu'il manifeste [12] ce changement de volonté d'accord avec nous [13]. On a l'habitude d'appeler *constitutum possessorium* * cette opération dans laquelle un changement de possession se fait en apparence *solo animo*, comme nous l'avons vu, dans un sens inverse, à propos de la *traditio brevi manu*.

2° Que notre volonté y concoure également. En effet, la possession exigeant nécessairement l'intention d'avoir pour nous, il est évident qu'elle ne peut être acquise avant que cette intention existe. *Ignoranti possessio non acquiritur* [14]. Cependant il n'est pas nécessaire que notre volonté coïncide avec l'acte matériel d'appréhension de notre représentant. Ainsi, quand nous avons donné l'ordre de prendre possession d'une chose,

chose, aurons acquis la possession et éventuellement la propriété avec les actions possessoires et avec la revendication ou la Publicienne, quand même la chose ne viendrait jamais dans notre pouvoir matériel. 2° Le *tradens* est, par suite, libéré de l'obligation de livrer la chose, qui lui incombait envers nous.

[9] Soit en faisant *contrectatio* ou *deiectio*, soit en obtenant la possession de notre consentement. Cf. ci-dessus, § 84, notes 24-26.

[10] *Voy.* ci-dessus, § 84, note 25.

[11] S'il ne fait que la détenir pour autrui, il faut naturellement, en outre, soit le consentement de son principal, ce qui constitue alors de la part de celui-ci une tradition en notre faveur, soit une *contrectatio* ou *deiectio*, pratiquée à l'égard du principal. *Voy.* ci-dessus, § 84, notes 24-26, et ci-après, § 86, notes 10 et suivantes.

[12] Cette manifestation peut être expresse ou tacite, c'est-à-dire résulter des circonstances; mais elle ne se présume pas. Fr. 77, D., *de rei vind.* 6, 1 ; Fr. 48, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1, et ci-après, § 106, B.

[13] Fr. 18, pr. D., *h. t.* « Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere : nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et *alium possessorem ministerio meo facio*..... ». *Voy.* les détails ci-après, § 106, B.

[14] PAUL, V, 2, 1. « ... Possessionem adquirimus... animo utique nostro; corpore vel nostro, vel alieno. » — Fr. 3, § 12. Fr. 42, § 1. Fr. 51, D., *h. t.* — Fr. 41, D., *de usurpat.* 41, 3. — Toutefois, la règle *ignoranti possessio non adquiritur* est soumise à deux exceptions : 1° D'abord les personnes civiles et les enfants ou déments acquièrent, à leur insu, la possession par leurs agents, tuteurs et curateurs. Cette exception est une nécessité inévitable, puisque ces personnes ne sont pas susceptibles d'avoir ni intelligence ni volonté. Fr. 7, § 3, D., *ad exhib.* 10, 4. — Fr. 11, § 6, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 13, § 1, D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 1, § 20. 22, D., *h. t.* — 2° Ensuite, d'après la disposition formelle, mais évidemment arbitraire de nos lois, le père de famille se trouve avoir, même à son insu, la possession des choses que son esclave et son fils de famille acquièrent dans l'administration du pécule qu'il leur a confié, *ex peculiari causa*. *Voy.* Fr. 1, § 5. Fr. 3, § 12. Fr. 4. 24. Fr. 44, § 1, D., *h. t.* — Fr. 31. § 3. Fr. 47, *de usurpationibus* 41, 3. — Fr. 2, § 10-14, D., *pro emtore* 41, 4, et ci-après, t. III, §§ 330 sq. 331. C'est à tort que quelques auteurs étendent cette exception, purement positive et arbitraire, au mandataire général. Cf. ci-après, t. II, § 220.

et que notre représentant exécute cet ordre sans que nous en ayons eu connaissance, la possession nous est acquise au moment de l'appréhension; car dès ce moment, non-seulement il y a pour nous possibilité de disposer de la chose, mais en réalité, il en est disposé conformément à notre volonté [15]. Nous pouvons même ratifier une prise de possession faite en notre nom sans que nous en ayons donné l'ordre; mais dans ce cas, rien ne sera acquis avant la ratification [16].

3° Enfin, il faut qu'il y ait, comme dans l'acquisition faite par nous-même, un rapport de causalité entre l'acte d'appréhension et notre *animus possidendi* [17]. Ce rapport existe par suite d'une nécessité juridique toutes les fois que l'acte d'appréhension se fait par une personne soumise à notre puissance, spécialement par les esclaves et par les fils de famille [18]. Mais il peut aussi être créé au moyen d'une convention librement consentie par les parties [19], ce que les Romains expriment en disant que l'acquisition se fait *per liberam* ou *extraneam personam* [20].

[15] C'est là le sens du § 5, I., *per quas personas nobis adquiritur* 2, 9. « ... Per liberam personam... non solum scientibus, sed etiam *ignorantibus vobis adquiri possessionem.* » *Voy.* aussi Fr. 13, pr. Fr. 20, § 2, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. – Fr. 1, § 5. Fr. 42, § 1. Fr. 49, § 2, D., *h. t.* – L. 1, C., *eodem* 7, 32, et ci-après, note 20. — Il est cependant à remarquer que, sauf le cas où nous acquérons la possession *ignorantes*, l'usucapion ne commence à courir qu'à partir du moment où nous avons eu connaissance de l'appréhension faite par notre représentant. Pour la raison de cette règle et les preuves, *voy.* ci-après, § 106, c.

[16] *Voy.* ci-dessus, § 34, note 29, et PAUL, V, 2, 2. – Fr. 24, D., *de negotiis gestis* 3. – Fr. 42, § 1, D., *h. t.*

[17] *Voy.* ci-dessus, § 84, note 22 et § 81, notes 11. 12.

[18] GAIUS II, 87. 89. 94. – Pr. § 3. 4. I., *per quas pers. nobis adquiritur* 2, 9. – Fr. 10, § 2. Fr. 21, pr. D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1.–Fr. 1, § 5. 6. 8. Fr. 49, pr. D., *h. t.*— La question de savoir si l'on pouvait acquérir la possession par les personnes qu'on avait *in manu* ou *in mancipio* avait été controversée, *quia ipsas non possidemus.* GAIUS, II, 90. — *Voy.*, au reste, sur toute cette matière, ci-après, t. III, §§ 325. 330. 334. 338. 339.

[19] Pour être bref, nous nous servons ici de cette rédaction, afin d'exprimer une idée que nous avons rendue plus exactement ci-dessus, note 2, en disant que nous pouvons acquérir la possession par quiconque soumet librement et sans nécessité juridique sa volonté à la nôtre, ce qui peut fort bien se faire sans qu'il y ait convention. Exemples : le *negotiorum gestor* (ci-dessus, note 16, et ci-après, t. II, § 274); les agents des personnes civiles, les tuteurs et curateurs à l'égard desquels le rapport de causalité existe par le seul fait de leurs fonctions. Fr. 1, § 20. 22. Fr. 2, D., *h. t.* – Fr. 13, § 1, D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. *Voy.* aussi Fr. 1, § 9. 10. 11. Fr. 32, pr. Fr. 34, § 2, D., *h. t.* – Fr. 31, § 2, D., *de adquir. rer dom.* 41, 1.

[20] L'acquisition de la possession *per liberas personas* était déjà admise du temps de la république. LEX (THORIA) AGRARIA, c. 33. lin. 69. « ... TANTUMDEM MODUM AGRI SI QUOD EMPTUM ESSE COMPER... US PROCURATORIVE EIUS HEREDIVE... II VIR. REDDITO. »—IAVOLENUS, Fr. 51, D., *h. t.* « ... Labeo... »— NERATIUS, Fr. 41, D., *de usurpat.* 41, 3. — Mais la question de savoir si *liberæ personæ* nous font acquérir la possession *ignorantibus nobis* (ces mots pris dans le sens expliqué à la note 15) paraît avoir été controversée. Elle fut résolue affirmativement par une constitution de Septime Sévère et Caracalla. L. 1, C., *h. t.* 7, 32. SEVERUS ET ANTONINUS AA. ET CC. « Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam iurisprudentia receptum est. (226). » — § 5, I., *per quas pers. nobis adq.* 2, 9. — *Voy.* encore, sur l'acquisition *per liberam personam,*

La possession collective peut également s'acquérir par représentant, conformément aux règles exposées ci-dessus [21]. L'hypothèse la plus intéressante est celle où c'est l'un des acquéreurs qui a reçu mandat de ses coïntéressés. Dans ce cas, il fera appréhension à la fois pour lui-même en nom propre et pour ses coïntéressés comme représentant.

COMMENT LA POSSESSION SE PERD †.

§ 86. *Règles générales.*

Tant que les deux conditions essentielles de la possession, le pouvoir physique et l'intention de posséder, se trouvent réunies, nous conservons la possession acquise [1]. Il n'est pas nécessaire à cet effet que nous exercions continuellement notre pouvoir, ou que notre pensée s'occupe constamment de l'objet possédé : il suffit qu'il n'y ait pas d'impossibilité physique d'agir sur la chose, et que nous n'ayons jamais eu l'intention de renoncer à notre possession. Mais il est évident que nous perdrons la possession dès qu'un fait contraire à ces deux conditions arrivera, c'est-à-dire dès que, par un événement quelconque, l'une ou l'autre de ces conditions viendra à disparaître [2]. Nous pouvons donc perdre la possession *corpore*, c'est-à-dire en perdant le pouvoir physique sur la chose, ou *animo*, c'est-

GAIUS, II, 95. — PAUL, V, 2, 2. — Fr. 11, § 6, D., *de pignor. actione* 13, 7. — Fr. 53, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. — L. 1, C., *per quas personas* 4, 27. — L. 8, C., *h. t.*, 7, 32, et les textes cités ci-dessus, à la note 15.

[21] C'est même à cet ordre d'idées que se rapportent les deux seuls passages de nos sources qui effleurent l'acquisition de la possession collective, les Fr. 13, D., *de donationibus* 39, 5, et Fr. 37, § 6, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. Seulement, ces deux textes s'occupent d'hypothèses où l'appréhension du représentant n'aboutit point à l'acquisition d'une possession collective. *Voy.* ci-dessus, § 85, note 8.

† Tit. D., *de adquirenda vel amittenda possessione* 41, 2. - Tit. C., *eodem* 7, 32.

[1] En d'autres termes, tant que nous n'avons pas perdu la possession, nous continuons de l'avoir. « Tamdiu enim retinetur, quamdiu non amittitur. » AZON, *in Summa Cod. Tit. de adq. et retinenda poss.* 7, 32.

[2] Cette règle, fondée sur la nature des choses, est sanctionnée de la manière la plus positive dans les Fr. 3, § 6. 13. Fr. 17, § 1. Fr. 29. Fr. 44, § 2, D., *h. t.* 41, 2. — Des auteurs ont cependant soutenu que la cessation de l'une des deux conditions essentielles ne suffit pas pour nous faire perdre la possession, et que la cessation du pouvoir physique ne met fin à notre possession qu'au cas que la volonté de ne plus avoir la chose s'y joigne. Cette opinion, tout à fait inadmissible, doit son origine à la rédaction peu précise d'un fragment de PAUL, Fr. 153, D., *de reg. iuris* 50, 17. « ... Ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest : ita nulla amittitur, nisi in qua *utrumque* in contrarium actum est »; passage qui est reproduit dans le Fr. 8, D., *h. t.* La difficulté provient du mot UTRUMQUE, qui ordinairement signifie *tous deux*, c'est-à-dire *l'un* ET *l'autre*. Mais dans ce passage, il est évident qu'il faut le traduire par *tous les deux*, c'est-à-dire *l'un* OU *l'autre*. De pareilles inexactitudes de rédaction se rencontrent dans toutes les langues : nous avons cherché à imiter celle de Paul dans notre rédaction française. Chez les auteurs latins, nous en trouvons de nombreux exemples : VARRON, *de re rustica*, I, 2, 14. — CIC., *de officiis*, III, 15. — AULU-GELLE, II, 12, 4. — Fr. 1, pr. D., *de condict. triticaria* 13, 3. — Fr. 16, D., *de*

à-dire en ne voulant plus être possesseur ; enfin, nous la perdons *corpore* et *animo* quand c'est de notre consentement que nous cessons d'avoir le pouvoir physique.

1° *Corpore,* par la cessation du pouvoir physique [3]. Il est évident que nous avons perdu la possession d'une chose quand, par force majeure, elle est soustraite à notre pouvoir. D'abord il va sans dire que notre mort met fin à notre possession [4]. Ensuite notre possession cessera également quand l'objet que nous possédons viendra à périr soit par la mort, s'il s'agit de choses animées, soit par la destruction, s'il s'agit d'autres choses, tant mobilières qu'immobilières [5]. Il en est de même quand, par un autre événement quelconque, nous nous trouvons dans l'impossibilité physique de disposer de la chose [6]. Ainsi nous perdons la possession des animaux sauvages lorsqu'ils recouvrent leur liberté naturelle, et celle des animaux apprivoisés lorsqu'ils sortent entièrement de notre garde, ce qui, au reste, n'est point censé arrivé tant qu'ils conservent l'habitude de revenir [7]. Enfin, notre possession cesse aussi quand la chose subit un changement qui la rend légalement non susceptible d'être possédée, par exemple, quand un événement quelconque la met hors du commerce [8].

legatis II (31). — Fr. 13, § 2, D., *de rebus dubiis* 34, 5. — Fr. 10, § 13, D., *de gradibus* 38, 10. — L. 3, C. *communi dividundo* 3, 37. — L. 8, § 5, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — L'inverse (UTER OU ALTERUTER pour UTERQUE) se trouve Fr. 8, D., *de dotis collatione* 37, 7. — Fr. 1, § 3, D., *uti possidetis* 43, 17. — L. 8, pr. Th. C., *de maternis bonis* 8, 18.

[3] C'est-à-dire par un acte qui fait cesser notre pouvoir physique, *in contrarium actum.* L'absence actuelle de notre influence sur la chose ne suffit pas pour nous faire perdre la possession. § 5, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 3, § 11. Fr. 25, § 2. Fr. 27, D., *h. t.* — Fr. 1, § 24. 25, D., *de vi* 43, 16. *Voy.* aussi ci-dessus, note 1, et ci-après, note 7.

[4] Fr. 23, pr. D., *h. t.* — Fr. 1, § 15, D., *si is qui testamento* 47, 4. — Il est évident, en effet, que la fiction légale qui crée des héritiers, continuateurs de la personne du défunt, ne peut avoir pour effet de leur donner de fait le pouvoir physique qui est un élément constitutif de la possession, si en réalité ce pouvoir leur fait défaut. L'idée de succession ne s'applique d'ailleurs qu'aux droits et non pas aux faits. Fr. 23, pr. D., *h. t.*, et ci-dessus, § 8, notes 3-5. Cependant, si les héritiers du défunt prennent possession de choses héréditaires, alors que ces choses n'ont point encore été dans la possession d'un autre, la loi leur permet de joindre, le cas échéant, à leur possession celle de leur auteur, y compris le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre la mort et leur prise de possession. *Voy.*, ci-après, § 89, note 11 et § 113, E.

[5] Fr. 3, § 13. 17. Fr. 13, pr. Fr. 30, § 3, D., *h. t.* — Fr. 30, § 4, D., *eodem.* « ... item si, quod possidebant, *in aliam speciem* translatum est ». Cf. ci-après, note 8 et § 99, note 6.

[6] Par exemple, l'endroit où la chose se trouve devient inaccessible (Fr. 13, pr. D., *h. t.*), ou bien nous ignorons où la chose se trouve. Fr. 3, § 13. Fr. 25, pr. D., *eodem.* Ceci doit cependant s'entendre d'une manière raisonnable : ainsi nous ne serions pas privé de la possession par cela seul que par hasard notre mémoire serait en défaut. Fr. 3, § 13. Fr. 44, pr. D., *eodem.*

[7] § 12. 14. 15, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Fr. 3, § 2. Fr. 5, pr. § 5, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 3, § 14. 16, D., *h. t.* Les animaux domestiques tombent sous la règle générale. Fr. 3, § 13, D., *h. t.* — Quant à l'esclave, on n'admettait pas qu'il pût, même par la fuite, se soustraire à la possession du maître ; mais le maître en perdait la possession dès qu'un autre s'en emparait *animo possidendi,* ou que l'esclave soutenait judiciairement qu'il était homme libre. *Voy.* ci-après, § 87, note 7 et t. III, § 334.

[8] Fr. 3, § 17. Fr. 30, § 1. 3. D. *h. t.*

— Abstraction faite de ces causes, nous pouvons perdre le pouvoir sur une chose par le fait d'un autre homme. En effet, dès que quelqu'un nous met dans l'impossibilité physique de disposer de la chose, nous en avons perdu la possession. Il importe peu qu'il le fasse dans l'intention d'avoir la chose pour lui-même ou dans toute autre intention [9]. Mais ce qui est essentiel, c'est que l'acte qu'il pose implique dépossession pour nous. Par cela seul qu'un tiers tient notre chose, il n'est pas encore certain que nous n'ayons plus le pouvoir physique sur elle. Cette conséquence n'aura lieu que s'il l'occupe avec l'intention de nous empêcher d'en disposer, et que cette intention soit constatée et réalisée par un acte extérieur [10]. Lors, par exemple, que l'occupant nous laisse, à notre première demande, librement disposer de la chose, on ne saurait dire que nous avions, à un moment quelconque, perdu la possession, puisque aucun acte contraire à notre pouvoir physique n'a jamais été posé. Que si, par contre, l'occupant s'oppose à ce que nous disposions de la chose, il est évident que nous n'avons plus le pouvoir physique sur elle. Dans cette dernière hypothèse, on pourrait se demander si c'est dès l'instant où l'occupation du tiers a commencé, ou bien à partir du moment où nous avons été empêché de disposer de la chose que commence notre dépossession. Cette question paraît avoir donné lieu à quelques doutes parmi nos jurisconsultes [11]. La dernière opinion cependant l'a emporté, et avec raison, car nous ne pouvons être considéré comme dépossédé, tant que la cessation de notre pouvoir physique n'a pas été constatée par un acte extérieur, ce que les Romains expriment par les mots *contrectare* et *deiicere*, selon qu'il s'agit de

[9] Par exemple, en jetant à l'eau la chose que nous possédons, en la détruisant (auxquels cas, à la vérité, la possession est également perdue par suite de l'impossibilité physique), ou dans toute autre intention impliquant dépossession pour nous. Fr. 4, § 22, D., *de usurpat.* 41, 3. Cf. Fr. 24, D., *h. t.* — Fr. 30, § 4, D., *eodem*, cité ci-dessus, note 5.

[10] Le tiers peut tenir la chose sans aucune intention ; il peut même nous empêcher de disposer de la chose sans avoir l'intention de nous priver de la possession, par plaisanterie, par erreur, en nous prenant pour un autre, parce qu'il veut user du *ius retentionis* pour des dépenses qu'il a faites sur la chose, etc. Fr. 20, D., *h. t.* « .... Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim, si alia quæpiam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret? — Fr. 12 in f. D., *de vi* 43, 16. Dans ces deux passages, on suppose que le refus de restituer est fondé sur une *iusta et rationabilis causa.* Ces épithètes sont de trop. Le commodataire n'a pas le droit de retenir la chose prêtée du chef des impenses ordinaires qu'il a faites sur la chose pendant qu'il en usait; cependant s'il la retenait, croyant en avoir le droit, la possession ne serait pas plus perdue pour le commodant que si la chose était retenue pour des impenses extraordinaires, faites pour cause de maladie, etc.; pourvu que, dans les deux hypothèses, le commodataire n'entende point contester la possession du prêteur.

[11] Pomponius, Fr. 25, § 2, D., *h. t.* « Quod autem solo animo possidemus, quæritur, utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem? Et videtur utilius esse. » Cf. Fr. 18, § 3, D., *eodem.*

choses mobilières ou d'immeubles [12]. Ces règles, découlant de la force des choses et reposant sur le même principe que l'adage : *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest,* sont évidemment applicables à toute espèce de choses [13], mais c'est surtout par rapport aux choses immobilières que les Romains les ont développées [14]. Il est d'abord évident que nous n'avons plus la possession quand nous avons été violemment expulsé d'un immeuble ou empêché d'y entrer, *deiectus* [15]. Il en est de même quand nous sommes, contre notre volonté et par violence, retenu dans notre fonds, ou quand nous l'abandonnons dans la crainte d'une violence future dont nous sommes menacé [16]. Mais d'après les décisions formelles des lois romaines, nous ne perdons pas la possession d'un fonds par cela seul que, pendant notre absence, un autre s'en empare, quoique, à la vérité, il paraisse y avoir dans ce cas cessation du pouvoir physique [17]. Pour que la possession soit réellement perdue, il faut, en outre, qu'ayant eu connaissance de l'occupation faite par le tiers, nous y ayons acquiescé, ou que nous ayons été repoussé en voulant reprendre notre possession [18].

[12] Les mots *contrectare, adtrectare,* signifient originairement déplacer une chose pour s'en emparer, et c'est bien dans ce sens qu'ils s'emploient ici. Mais nous verrons ci-après, § 87, note 8, qu'ils peuvent avoir une signification plus large. Il en est de même des mots *deicere, eiicere, detrudere,* comme on le verra ci-après, note 16.—Il n'est pas inutile de faire observer que ni la *contrectatio* ni la *deiectio* n'exigent une intention déloyale : celui qui s'empare de la chose peut croire qu'elle est à lui, peut même en être propriétaire. Cf. ci-après, § 87, note 8 et OBSERVATION.

[13] Le droit romain n'ayant guère développé ces principes que par rapport aux immeubles, on les représente ordinairement comme des dispositions positives applicables seulement à cette catégorie de choses. Le contraire résulte d'abord de ce que nos règles découlent de la nature même des choses, ensuite de ce qu'elles sont appliquées aux meubles et aux immeubles indistinctement, dans le cas où celui qui possède en notre nom veut acquérir la possession pour lui-même. Cette hypothèse, qui a fait créer l'adage cité dans le texte, rentre évidemment dans l'ordre d'idées dont nous traitons ici. *Voy.* ci-dessus, § 84, notes 24-28, et ci-après, § 87, notes 11 sqq.

[14] Dans la pratique, en effet, notre question présente bien moins d'intérêt et de difficulté par rapport aux meubles : d'abord parce que la portée de l'acte par lequel le tiers s'empare de la chose sera presque toujours clairement indiquée par les circonstances, ensuite parce qu'il importe rarement de déterminer le moment précis de notre dépossession, enfin par les mêmes raisons qui ont empêché les Romains d'appliquer l'interdit *de vi* aux choses mobilières. Ci-après, § 91, note 2. *Voy.* aussi § 89, note 10.

[15] Fr. 1, § 9. 24. Fr. 3, § 8. Fr. 12. 17. 18, pr. D., *de vi* 43, 16. – Fr. 4, § 22, D., *de usurpationibus* 41, 3.

[16] PAUL, V, 6, 46. « Vi deiectus videtur et qui in prædio vi retinetur, et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet. » – Fr. 3, § 8. Fr. 7, D., *h. t.* – Fr. 1, § 29. 47, D., *de vi* 43, 16.— Les Fr. 9, pr. D., *quod metus causa* 4, 2; Fr. 1, § 29 *in f.* Fr. 3, § 7, D., *de vi* 43, 16, et PAUL, V, 6, 4 in f. appartiennent à un autre ordre d'idées : il s'y agit, non pas de la simple perte de la possession, mais de la question de savoir s'il y a eu *vis,* autorisant l'emploi de l'*actio quod metus causa* ou de l'interdit *de vi.*

[17] « Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides ». – Fr. 3, § 7, D., *h. t.,* 41, 2. – Fr. 3, § 8. Fr. 6, § 1. Fr. 7. Fr. 18, § 3, 4. Fr. 25, § 2. Fr. 46, D., *eodem*

[18] Ajoutez aux passages cités dans la note précédente le Fr. 1, § 24, D., *de vi* 43, 16.—Si nous réussissons dans notre tentative de reprendre la possession, nous sommes censé ne l'avoir jamais perdue. Fr. 3, § 9. 17, D., *de vi* 43, 16; Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. *Voy.* aussi

Jusqu'à ce moment, nous restons possesseur, quoique de fait un autre ait le pouvoir physique de la chose, ou, comme disent les Romains, nous retenons la possession *solo animo* [19]. De ces prémisses, combinées avec la circonstance que les immeubles ne peuvent être soustraits à notre vue, il résulte qu'en thèse générale [20], un tiers ne peut d'une manière clandestine se mettre en possession d'un immeuble que nous possédons : pour qu'il en acquière la possession, il faut qu'il use de violence [21]. Il n'en est pas de même de celui qui s'empare d'une chose que nous avons de fait abandonnée [22] et qui en dispose publiquement, manifestement et d'une manière continue : en agissant ainsi, il fait un véritable acte d'occupation,

ci-dessus, § 40, note 7. Mais si nous acquiesçons, nous perdons immédiatement la possession *corpore et animo*, et dès lors la possession de l'occupant se trouve n'être pas violente. Il s'ensuit que nous ne pouvons, dans ce cas, recouvrer la possession au moyen de l'interdit *de vi;* cependant rien ne s'oppose à ce que nous intentions l'*actio quod metus causa* ou une *condictio ob iniustam causam.* Fr. 9, pr. in f. D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 5, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 2, D., *de condictione triticaria* 13, 3 et *passim. Voy.* ci-après, t. II, § 203, notes 6 sqq., ainsi que § 194 note 8 et § 276 *in fine.*

[19] *Solo animo* ou *nudo animo retinere possessionem. Voy.* ci-dessus, note 17, et Gaius, IV, 153. — Paul, V, 2. 1. — § 5, I., *de interdictis* 4, 15. Fr. 3, § 7. 11. Fr. 25, § 2, D., *h. t.* — L. 4, C., *eodem.* — Fr. 44 in f. 45. 46, D., *eodem.* « ... Saltus hibernos et æstivos, quorum possessio retinetur animo, licet neque servum neque colonum ibi habeamus. 46. Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret... » Cf. Fr. 27, D., *h. t.* — Fr. 1, § 24. 25, D., *de vi* 43, 16, et ci-après, § 88, note 13.

[20] Quand on dit qu'un tiers ne peut acquérir *clam* la possession d'un immeuble et que nous ne pouvons perdre pareille possession que *vi*, on n'énonce point une règle juridique, mais tout simplement une formule pratique, indiquant l'un des effets réguliers de la règle d'après laquelle nous ne perdons point la possession tant qu'il n'y a pas eu un *in contrarium actum.* Aussi peut-il se faire que dans un cas donné la proposition se trouve en défaut. Cf. ci-après, notes 22. 23 ; § 87, note 10 ; § 90, III.

[21] Par rapport aux immeubles, on peut donc dire que *non possidet qui clam possidet.* En prenant la locution *clam possidere* dans ce sens, on fait disparaître l'anomalie apparente du Fr. 6, § 1, D., *h. t.* « Qui ad nundinas profectus neminem reliquit, si, dum ille a nundinis rediret, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam. Et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur : et ita Neratius quoque scribit. » Cette interprétation nous paraît nécessaire, car il est impossible de concilier le mot ergo avec la supposition que Labéon aurait été d'un autre avis qu'Ulpien, l'auteur du fragment cité. Il est cependant probable que la règle dont il s'agit est d'une origine relativement récente et qu'elle a subi des contestations. Cela résulte d'abord de l'existence d'un interdit de *clandestina possessione* qui a disparu plus tard (ci-après, § 90, II); ensuite de Gaius, IV, 153 « ... plerique putant... » et du langage de Pomponius, Fr. 25, § 2, D., *h. t.* Mais, du temps des Sévère, tout doute avait cessé. Fr. 3, § 11. Fr. 6, § 1. Fr. 44, § 2. Fr. 45, D., *h. t.* — Fr. 1, § 24. 25, D., *de vi* 43, 16. — § 5, I., *de interdictis* 4, 15.

[22] Comment distinguer cette hypothèse de *possessio vacans* ou *vacua* (*voy.* les textes de la note suivante) d'avec celle dont il a été question dans les notes précédentes, savoir où nous nous trouvons momentanément absent, *mox revertentes,* comme dit le Fr. 1, § 24, D., *de vi* 43, 16 ? C'est une question de fait qui peut présenter des doutes ; mais, comme celles de savoir si nous nous rappelons l'endroit, si l'animal apprivoisé a perdu l'esprit de retour (ci-dessus, notes 6 et 7), elle est moins embarrassante dans la pratique qu'elle ne le paraît en théorie.

et nous nous trouverons dépossédé sans que l'occupant ait besoin d'user de violence [23].

2° *Animo*. Notre possession cesse naturellement dès que nous ne voulons plus posséder. Mais, à cet effet, il ne suffit pas que notre esprit ne s'occupe point de la chose, qu'il la perde même de vue pendant quelque temps : il faut un acte intentionnel contraire à l'*animus possidendi*, un *in contrarium actum*, pour nous faire perdre la possession [24]. Il s'ensuit, entre autres, que les personnes qui n'ont point de volonté ne peuvent perdre la possession par l'intention [25]. — L'intention de ne plus posséder peut, au reste, se manifester soit d'une manière expresse, soit tacitement, mais elle ne se présume point [26].

3° *Corpore et animo*, par le fait et l'intention à la fois. Les exemples les plus importants sont la *derelictio*, abandon d'une chose, et la *traditio*, acte par lequel nous transmettons notre possession à un autre. Nous aurons à nous occuper ci-après de ces deux opérations, en traitant du droit de propriété, et nous entrerons, à cette occasion, dans les détails que comporte la matière [27]. Il importe cependant, à propos de la tradition, de rappeler qu'elle peut s'opérer sans qu'il se produise un acte palpable et manifeste, ce qui se présente particulièrement dans les deux hypothèses connues sous les noms de *traditio brevi manu** et *constitutum possessorium** [28], et de présenter ensuite les deux observations suivantes : *a*) Si l'abandon du *tradens* ne coïncide pas avec l'appréhension de l'*accipiens*, la possession ne cessera de subsister dans le chef du premier qu'en tant qu'elle sera réellement acquise par le second [29], sauf naturellement le cas où elle viendrait à s'éteindre par un événement extérieur. *b*) Comme la possession est un simple état de fait, la remise d'une chose qui s'opère à cette

[23] Gaius, II, 51. — § 7, I., *de usucapionibus* 2, 6. — Fr. 37, § 1. Fr. 38, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Aussi le dépossédé n'avait-il, en pareil cas, aucun interdit pour recouvrer sa possession. Justinien lui en donne un par la L. 11, C., *de vi* 8, 4. *Voy.* ci-après, § 90, IV.

[24] Fr. 3, § 6, D., *h. t.* « ... Si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, *protinus* amittes possessionem. Igitur amitti et *animo solo* potest, quamvis adquiri non potest. » — Fr. 17, § 1. Fr. 30, § 4. Fr. 34, pr. Fr. 44, § 2, D., *eodem*.

[25] « Non (possunt) desinere *animo* possidere. » Fr. 27. 29, D., *eodem*. Cf. Fr. 11, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1.

[26] *A*) Fr. 30, § 4, D., *h. t.* « .... si servum, puto, manumittamus ». Cf. Fr. 38, pr. D., *eodem*. — Fr. 44, § 2, D., *eodem*. « ... si modo eo animo inde (e fundo) digressi fuissemus, ne possideremus ». — *B*) Fr. 12, § 1, D., *h. t.* « Nihil commune habet proprietas cum possessione : et ideo non denegatur ei interdictum *uti possidetis*, qui cœpit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit » Cf. ci-après, § 89, note 22, et § 117, note 20.

[27] Ci-après, § 106, B et § 123, II. Il va sans dire que ces détails ne s'appliquent à notre sujet qu'en tant qu'ils concernent l'abandon et la transmission du simple pouvoir physique.

[28] *Voy.* ci-dessus, § 84, notes 7. 13; § 85, notes 10-13; et ci-après, § 106, B.

[29] Fr. 34, pr. in f. D., *h. t.* « .... nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione ». — Fr. 18, D., *de vi* 43, 16. « .... neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori *rel.* ». Cf. Fr. 18, § 1, D., *h. t.*

seule fin de transmettre la possession ne constitue point une *successio* [30]. Cependant, quand, dans un cas donné, la possession vient à produire des effets de droit, il peut y avoir lieu pour le nouveau possesseur de joindre à sa possession celle de son prédécesseur, *accessio possessionis* [30].

La possession collective se perd, comme la possession individuelle, d'après les règles exposées ci-dessus [31]; mais il résulte de la nature des choses que, dans le cas où l'un des copossesseurs est expulsé, tandis que les autres se maintiennent, la possession est conservée même pour celui qui a subi l'expulsion [32].

§ 87. *Comment se perd la possession d'une chose détenue par notre représentant.*

Pour décider la question de savoir quand nous avons perdu la possession d'une chose qu'un autre détient en notre nom, il faut appliquer les règles générales, que nous venons de donner, aux relations particulières qui naissent du fait de la représentation. Il est d'abord évident que nous avons perdu la possession dès que notre volonté est de ne plus posséder, quand même, dans ce cas, notre représentant continuerait de détenir la chose dans l'intention de la garder pour nous. Il en est de même toutes les fois qu'un tiers s'empare de la chose, même à notre insu, avec l'intention de nous déposséder [1]. Cependant si le tiers nous expulse nous-même d'un fonds, tandis que notre représentant se maintient contre l'agression, nous conservons la possession par notre représentant [2]. L'expulsion violente de notre représentant aura pour effet de nous faire perdre la possession, même à notre insu [3].

Mais nous pouvons aussi être privé de la possession par le fait de notre représentant même. Pour qu'il en soit ainsi, il faut naturellement que le fait implique dépossession pour nous. Ainsi nous ne perdons pas la possession par la mort ou par la démence de notre représentant, ni par l'abandon qu'il fait de la chose, si un autre ne s'en empare pas; car, dans l'un et l'autre de ces cas, notre intention continue de subsister, et l'impossibilité physique d'exercer notre pouvoir n'est pas encore con-

[30] Cf. ci-dessus, note 4, et ci-après, § 89, notes 10. 11; § 113, E.

[31] Signalons ici deux faits : 1° Un copossesseur ne peut, pas plus qu'un tiers, priver ses cointéressés de la possession commune, sans opérer *contrectatio* ou *deiectio*. Cette considération est particulièrement importante pour la prescription dans les actions en partage. Cf. ci-après, t. II, § 278 *in fine*. 2° Un cas intéressant de perte *animo et corpore*, s'opérant par tradition mutuelle, est le partage amiable de la chose possédée en commun. Cf. ci-après, t. II, § 278, notes 9 sqq.

[32] Cf. ci-après, § 87, note 2.

[1] Fr. 1, § 22, D., *de vi* 43, 16, et ci-dessus, § 86, notes 9 et suivantes.

[2] Fr. 9, D., *h. t.*, 41, 2. — Fr. 1, § 45, D., *de vi* 43, 16.

[3] Fr. 44, § 2, D., *h. t.* — Fr. 1, § 22, D., *de vi* 43, 16.

statée [4]. C'est par le même motif que le simple changement de volonté du représentant ne suffit pas pour nous faire perdre la possession, quand même il voudrait nous en priver et posséder pour lui-même. *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* [5]. Nous ne serons réellement dépossédé que lorsqu'il aura manifesté ce changement d'intention par un acte palpable [6] qui indique clairement qu'il veut nous empêcher de disposer de la chose et qui produit réellement ce résultat [7], actes qu'on a l'habitude de qualifier de *contrectatio* ou de *deiectio,* selon qu'il s'agit de choses mobilières ou d'immeubles [8]. — Le même résultat sera obtenu lorsque notre représentant fait tradition de la chose à un tiers qui l'accepte avec l'intention de l'avoir pour lui [9]. Pareille tradition, en effet, constate manifestement la cessation de notre pouvoir physique [10], comme le reconnaît un

[4] Cela est incontestable en ce qui concerne la mort ou la démence du représentant. Fr. 60, § 1, D., *locati* 19, 2. – Fr. 3, § 8. Fr. 25, § 1. Fr. 40, § 1, *verb.* Quo mortuo D., *h. t.* – Fr. 31, § 3, D., *de usurpat.* 41, 3. — Quant à l'abandon fait par notre représentant, la même décision résulte pour le droit nouveau de la L. 12, C., *h. t.* 7, 32. Dans l'ancien droit, comme cette constitution le donne à entendre, la question paraît avoir été controversée. Les Fr. 31, D., *de dolo* 4, 3; Fr. 3, § 8. Fr. 44, § 2, D., *h. t.*, et Fr. 7, pr. D., *pro emtore* 41, 4, sont conformes à la solution donnée par Justinien. Mais le Fr. 31, D., *h. t.*, pourrait faire croire que quelques jurisconsultes inclinaient vers l'opinion contraire. AFRICAIN, dans le Fr. 40, § 1, D., *eodem,* s'exprime formellement dans ce sens, à moins qu'on ne lise avec DE SAVIGNY, sur la foi de plusieurs manuscrits, IDEM EXISTIMANDUM, au lieu de ALIUD EXISTIMANDUM. Ce changement est, à la vérité, fort hardi, puisqu'il est contraire au manuscrit de Florence, à toutes les éditions connues et aux *Basiliques*, L, 2, 40, § 1 ; mais il faut convenir qu'avec ALIUD, notre texte présente un sens parfaitement incohérent.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 85, notes 25 et suivantes.

[6] Inutile de rappeler qu'il ne faut aucun acte extérieur quand le changement se fait d'un commun accord entre les parties, ce qui constitue une *traditio brevi manu. Voy.* ci-dessus, § 84, note 25.

[7] Fr. 3, § 18. 19, D., *h. t.* – Fr. 1, § 2. Fr. 67, pr. D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 25, § 2, D., *h. t.*, ci-dessus, § 86, note 11. – Fr. 12. 18, pr. D., *de vi* 43, 16. Arg. Fr. 20, D., *h. t.*, ci-dessus, § 86, note 10. — Un passage de PAPINIEN, Fr. 47, D., *h. t.*, semble dire que la possession d'une chose mobilière se perd par le seul changement de volonté de notre représentant. Mais une lecture attentive du passage, et surtout de la conclusion qui le termine, donne la conviction que Papinien ne traite point notre question et que le vrai sens de sa décision est celui-ci : « En thèse générale, nous perdons la possession d'une chose mobilière dès que notre représentant en fait *contrectatio* (c'est là le sens des mots: *si sibi possidere constituerit*); mais il n'en est pas de même d'un esclave. Celui-ci, en effet, nous réintègre dans notre possession, sans que nous l'ayons jamais perdue, s'il revient près de nous. *Igitur earum quidem rerum, quæ ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio; homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.*

[8] *Voy.* ci-dessus, § 86, note 12, où nous avons fait deux observations qu'il importe de rappeler ici : *A*) La *contrectatio* n'exige point un déplacement; le seul refus du représentant de restituer suffit pour nous faire perdre la possession, pourvu que cette intention préside au refus. Fr. 1, § 1, D., *de furtis* 47, 2; Fr. 20, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 86, note 12, et § 87, note 8. — *B*). Ni la *contrectatio,* ni la *deiectio* n'exigent une intention déloyale. Cf. ci-après, note 16.

[9] Il va sans dire qu'il en serait autrement si le tiers recevait la chose, non pas afin de l'avoir comme maître, mais afin de la garder pour nous-même ou pour notre représentant. Fr. 30, § 6, D., *h. t.*

[10] Ce point est sujet à discussion. On objecte la règle qui dit que nous ne pouvons perdre *clam* la possession d'un immeuble. Mais, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, § 86, note 20, cette proposition n'est pas une vraie règle de droit, mais plutôt une formule pratique, constituant

passage du jurisconsulte Julien [11] dont l'autorité n'a point été invalidée, comme on le prétend, par Justinien [12].

Les règles qui précèdent s'appliquent naturellement aussi à la possession collective, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le représentant est un tiers ou un copossesseur. Cette dernière hypothèse peut, à la vérité, produire des complications; mais il suffit de recourir aux principes pour résoudre les difficultés que ces complications pourront présenter. Nous croyons cependant utile de rappeler l'importance de la nécessité de la *contrectatio* et de la *deiectio* pour la prescription dans les actions en partage [13], et d'insister sur l'argument que la possession collective fournit à l'appui de l'opinion que nous avons soutenue plus haut dans la controverse, concernant la question de savoir si la tradition faite à un tiers par notre représentant a pour effet de nous faire perdre la possession de la chose possédée en commun [14]. Il nous paraît impossible de soutenir que pareille opération ne fasse pas cesser la copossession.

Observation. En parlant de la perte de la possession par le fait de celui

une application du principe que la perte de la possession exige un *actus contrarius*. Or, il paraît bien difficile de soutenir que l'appréhension qu'un tiers opère, en recevant une chose de la main de celui qui exerce tout le pouvoir, ne porte pas atteinte à notre pouvoir. Ajoutons les considérations suivantes : 1° Il est certain que si le simple abandon de notre représentant ne nous fait pas perdre la possession, il en est tout autrement dès qu'un tiers s'empare de la chose. (*Voy.* ci-dessus, note 4.) Or, recevoir par tradition n'est autre chose que prendre une possession qu'un autre nous abandonne. 2° Oserait-on refuser l'usucapion à l'acheteur de bonne foi qui, après avoir payé son prix, reçoit la chose achetée des mains de notre représentant? 3° Que décider si celui qui a reçu la chose de notre représentant, la transmet à un autre, lequel en fait tradition à son tour et ainsi de suite? A quel moment cesserions-nous de posséder? 4° Enfin, il est bien certain qu'en cas de possession collective, la tradition faite par l'un des possesseurs, mandataire de ses coïntéressés, met fin à la copossession. Cf. ci-après, note 14.

[11] Fr. 33, § 4, D., *de usurpationibus* 41, 3. Il est vrai que ce passage ne parle que de choses mobilières; mais rien ne s'oppose à ce qu'on généralise la décision qu'il renferme (cf. ci-dessus, § 86, notes 10 sqq.), d'autant plus qu'Aulu-Gelle, XI, 17, 13, la consacre pour les immeubles et qu'elle est d'ailleurs implicitement confirmée par les Fr. 40, § 1 in f. et Fr. 44, § 2, D., *h. t.*, cités ci-dessus, note 4. — On invoque quelques textes pour prétendre que notre proposition était anciennement controversée. Mais les Fr. 3, § 9. Fr. 31, § 2, D., *h. t.*, n'autorisent aucunement cette assertion, et la L. 5, C., *h. t.* traite du droit de propriété, *dominium*.

[12] On soutient, en effet, que le contraire a été décidé par la L. 12, C., *h. t.*, par laquelle Justinien, voulant trancher une ancienne controverse, aurait statué que dorénavant la tradition à un tiers, faite par notre représentant, ne nous ferait plus perdre la possession. Nous ne pouvons admettre cette interprétation de la L. 12, C., *citée*, par les motifs suivants : 1° Il n'y a aucune trace de controverse par rapport à notre question (cf. la note précédente *in fine*). Par contre, la question traitée ci-dessus, note 4, a été controversée.—2° Aussi c'est de cette dernière question, et non pas de la nôtre, que s'occupe la L. 12, C., *citée*. « Si possessionem..... dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte, vel dolo ut locus aperiatur alii eamdem possessionem detinere », c'est-à-dire « si notre représentant a abandonné la chose, soit par simple négligence, soit avec l'intention frauduleuse de fournir à un autre l'occasion de s'en emparer ». 3° Notre opinion est plus conforme à la nature des choses, comme nous avons cherché à le prouver ci-dessus, note 10.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 86, note 31.

[14] Cf. ci-dessus, note 10, n° 4.

qui détient pour nous, on dit souvent (en invoquant la loi de Justinien, citée en dernier lieu [15]) que nous ne pouvons perdre la possession par l'infidélité de notre représentant. Cette phrase est tout au moins équivoque, car il est certain que nous avons perdu la possession dès que l'infidélité du représentant se manifeste par une *contrectatio* ou une *deiectio*. Mais, abstraction faite de ce défaut de rédaction, la règle manque encore d'exactitude. L'infidélité n'a rien à faire dans notre matière : la loyauté, comme la déloyauté de notre représentant, est entièrement indifférente. Il a beau vouloir être infidèle, tant que cette infidélité ne se manifeste pas par des actes positifs, nous conservons la possession. Par contre, nous l'aurons perdue lorsqu'il refusera de nous restituer la chose, ou qu'il l'aura donnée à un autre, eût-il agi de la meilleure foi du monde [16].

DES ACTIONS POSSESSOIRES.

§ 88. *Notion et introduction historique.*

Nous appelons actions possessoires celles qui ont pour fondement la possession et pour but de la protéger. Or, la lésion de notre possession peut être plus ou moins grande, selon qu'elle consiste simplement dans un trouble apporté au pouvoir physique que nous exerçons sur la chose, ou qu'elle a pour effet de nous priver entièrement de ce pouvoir. Nous trouvons deux catégories différentes d'interdits pour ces deux espèces de lésions; on les distingue par les noms de *interdicta retinendæ possessionis* et *interdicta recuperandæ possessionis* [1]. Les uns comme les autres supposent que le demandeur a été possesseur au moment où la lésion a eu lieu, et ils ne se donnent que contre la personne qui s'est rendue coupable de cette lésion; car les actions possessoires sont essentiellement *in personam* [2]. Elles ne sont point fondées, en effet, sur un droit légal que le demandeur aurait sur la chose qu'il tient en son pouvoir; elles ne naissent que par la violation de notre personnalité, dont le défendeur s'est rendu coupable et qui lui impose l'obligation de réparer le tort qu'il nous a causé [3]. Aussi le défendeur n'a-t-il à prouver, dans son chef,

[15] L. 12, C., *h. t.* Mais c'est à tort qu'on invoque cette constitution, car Justinien y met sur la même ligne la *desidia* et le *dolus* du représentant. *Voy.* ci-dessus, note 12, nº 2.

[16] Supposons un locataire qui refuse de nous restituer la chose louée parce qu'il a acquis ou croit avoir acquis la conviction que la chose lui appartient; ou bien notre agent, induit en erreur et croyant avoir reçu l'ordre de nous, remet la chose à un tiers qui la garde.

[1] Rappelons que la qualification de *recuperandæ possessionis* est également donnée à des interdits qui ne sont point des actions possessoires, mais tout simplement des incidents de procédure. Nous entendons parler des interdits *Quem fundum*, *Quem usumfructum*, *Quam hereditatem*, qui nous ont été révélés par Ulpien, fragm. *Vindobonense*, II, 6. *Voy.* ci-dessus, § 71, note 43.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 79, note 1 et § 80, note 7.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 80, note 7.

que le simple fait de la possession : il est indifférent de quelle manière il a acquis la possession, particulièrement il n'importe qu'elle soit juste ou injuste, de bonne ou de mauvaise foi [4]. — Souvent on emploie le mot *interdits possessoires* dans un sens plus étendu, en comprenant sous cette dénomination trois catégories d'interdits, savoir, les *interdicta adipiscendæ*, *retinendæ* et *recuperandæ possessionis;* mais cette terminologie ne peut être approuvée [5]. En effet, les *interdicta adipiscendæ possessionis* n'ont point pour fondement la possession; au contraire, ils sont accordés à celui qui ne prétend nullement avoir ou avoir eu la possession. Aussi sont-ils donnés, non pour protéger la possession, mais pour nous faire acquérir une possession que nous n'avions pas auparavant. Or, cette circonstance ne nous autorise point à leur donner le nom d'actions possessoires. Ce terme, en effet, n'est pas romain [6] et dès lors, si nous voulons l'employer, il faut lui attribuer un sens rationnel et précis. Or, il est impossible de lui en donner un autre que celui que nous avons indiqué ci-dessus : « actions qui ont pour fondement la possession et pour but de la protéger. » Appliquer la même dénomination à des actions qui, sans être fondées sur la possession, ont simplement pour but de nous faire avoir une possession, c'est créer une terminologie arbitraire et vague, sans précision et sans valeur. Si l'on veut qualifier d'actions possessoires les *interdicta adipiscendæ possessionis*, il faut donner le même nom à une foule d'actions appartenant aux catégories les plus diverses, qui peuvent également avoir pour but de nous faire avoir la possession d'une chose, telles que la revendication, les actions résultant du contrat de vente et du contrat de gage, ainsi que les *condictiones*, qui tendent à nous faire avoir une possession, soit en vertu d'un contrat, soit parce que le défendeur

[4] Fr. 1, § 9. 10, D., *de vi* 43, 16. Cf. ci-dessus, § 83, n. III. – Fr. 1, § 30. Fr. 12. 18, D., *eodem*. – Fr. 2, D., *uti possidetis* 43, 17. « ... Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possidet, plus iuris habet, quam ille qui non possidet. » – Fr. 53, D., *de adq. poss.* 41, 2. — C'est à tort qu'on a voulu voir une dérogation à ce principe dans une particularité qui se rencontre dans les *interdicta retinendæ possessionis* et dont nous aurons à parler au § 89, notes 21. 42.

[5] Elle doit son origine à la division des interdits donnée par Gaius, IV, 143; Justinien, § 2, I., *de interd.* 4, 15, et Paul, Fr. 2, § 3, D., *eodem* 43, 1. « Hæc autem interdicta, *quæ ad rem familiarem spectant*, aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ, aut retinendæ ». Au reste, il suffit de lire ce dernier passage pour se convaincre que le jurisconsulte veut donner une division, non pas des actions *possessoires*, mais des *interdicta quæ ad rem familiarem spectant*, c'est-à-dire de tous les interdits créés pour la protection d'un intérêt pécuniaire. *Voy.* Fr. 2, § 1. 2, D., *eodem* et ci-dessus, § 71, note 43.

[6] Le mot *interdictum possessorium* existe dans le langage romain, mais non pas pour désigner une catégorie d'interdits; il s'applique à un interdit particulier qui n'a point pour fondement le *ius possessionis*. Gaius, IV, 145, et ci-après, t. II, § 299 — On donne aussi l'épithète de *possessoriæ* aux actions accordées à ceux qui ont obtenu l'octroi de la possession des biens d'un défunt, *bonorum possessio*, à l'effet de faire valoir les droits résultant de cet octroi. Inscr. tit. D., *de possessoria hereditatis petitione* 5, 4. – Fr. 4 in f. D., *de Carboniano edicto* 37, 10. – Fr. 50, § 2, D., *de bonis libertorum* 38, 2.

retient indûment la possession que nous réclamons, actions qui toutes ont un fondement autre que le *ius possessionis* [7]. — Nous réserverons donc le nom d'actions possessoires exclusivement aux interdits qui ont pour but de protéger notre possession, soit contre celui qui nous trouble dans l'exercice de notre pouvoir, *interdicta retinendæ possessionis*, soit contre celui qui nous en a privé entièrement, *interdicta recuperandæ possessionis* [8]. C'est aussi dans ce sens qu'on oppose les interdits possessoires aux actions pétitoires, qui ont pour but la protection d'un droit [9] et non pas la protection d'un simple état de fait. — Au reste, nous ne nous occuperons ici que des actions créées pour la protection de la possession corporelle ; les interdits tendant à garantir la *iuris* ou *quasi possessio* trouveront leur place dans le titres des Servitudes.

Quand on examine l'ensemble de la législation romaine sur la possession et sur les actions créées pour la protéger, on est amené à se demander comment une chose qui paraît avoir si peu d'importance en droit a pu donner lieu à un système aussi compliqué et aussi développé dans ses moindres détails. L'hypothèse suivante due à Niebuhr et à de Savigny [10] répond de la manière la plus satisfaisante à cette question. Le sol romain se composait du domaine public et des propriétés privées, *ager publicus* et *ager privatus*. Ce dernier seul pouvait appartenir en propre aux citoyens. Quant au premier, abstraction faite des terres qui étaient destinées à l'usage commun, les particuliers pouvaient en occuper des parties, les cultiver et en tirer profit. Cette occupation ne leur donnait point la pro-

[7] En effet, la revendication, *in rem actio*, a pour fondement le droit de propriété, ci-après, §§ 117 sqq.; — les *actiones emti* et *pignoratitia* naissent des rapports obligatoires créés entre les parties par les contrats de vente et de gage, ci-après, t. II, §§ 208. 242; — les *condictiones* ayant pour but de nous faire avoir une possession sont fondées soit sur un rapport contractuel, résultant du précaire ou d'une stipulation (Fr. 75, § 7, D., *de verb. obl.* 45, 1, et ci-après, t. II, § 244, nº 3 et § 246), soit sur un rapport quasi contractuel basé sur le principe d'équité qui s'oppose à ce que quelqu'un s'enrichisse à nos dépens, en retenant indûment la possession de la chose que nous réclamons. Ces dernières actions, ainsi que l'*actio præscriptis verbis* dans le précaire peuvent électivement concourir avec une action possessoire, mais elles n'en sont pas moins des *condictiones ex contractu* ou bien *sine causa* ou *ob iniustam causam*. *Voy.* ci-dessus, § 71, note 29, et ci-après, t. II, § 194, note 8; § 244, nº 3, et §§ 276. 277.

[8] Cf. ci-dessus, note 1.

[9] Particulièrement d'un droit réel, soit *dominium*, soit *ius in re*. Fr. 28, D., *de obl. et act.* 44, 7. – Fr. 178, § 2, D., *de verborum significationibus* 50, 16.

[10] Niebuhr, *Römische Geschichte*, t. II, pages 116 et suiv. — De Savigny, *Traité de la possession*, § 12 *a*.– *Voy.* aussi M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété*, p. 185. 208, et ce que nous avons dit sur le domaine public ci-dessus, nºs 15. 82 sqq. — L'hypothèse de Niebuhr a rencontré, dans les derniers temps, beaucoup d'objections que les limites de notre travail ne nous permettent point de discuter. Nous nous bornons à dire que l'argument que l'on a voulu tirer de ce qu'il existe un interdit particulier *de loco publico fruendo* n'a aucune valeur. Cet interdit, en effet, n'a rien de commun avec l'ancien *ager publicus*, car il suppose dans le chef du demandeur que le terrain dont il s'agit lui ait été dûment donné en bail par une personne *cui locandi ius fuerit*. Fr. 1, pr. D., *de loco publico fruendo* 43, 9.

priété, ni, par conséquent, les actions réelles qui servent à protéger la propriété. Il leur fallait donc un autre moyen de droit pour les protéger dans leur occupation contre des agressions arbitraires. Ce moyen fut l'institution des interdits possessoires, laquelle, après avoir été développée par l'usage, fut par la suite appliquée à tout pouvoir sur une chose, qui n'avait pas le caractère de propriété [11]. Enfin, quand tout le domaine public eut été changé en propriété privée, le système de la possession avait acquis le caractère de généralité que nous lui trouvons dans la législation de Justinien. Toutefois, il est resté, même dans le droit nouveau, des traces de l'origine de l'institution. Ainsi les interdits les plus importants ne sont donnés que pour les immeubles [12]; et ce n'est qu'à l'aide de l'hypothèse exposée que nous pouvons expliquer la nature du *precarium*, la possession accordée à l'emphytéote, et même la consécration expresse du principe d'après lequel nous retenons la possession des immeubles par la seule intention [13].

Observation. En traitant des interdits, nous avons mentionné l'opinion erronée qui a dominé pendant des siècles et d'après laquelle le jugement, dans cette catégorie d'actions aurait un caractère purement provisoire [14]. Cette erreur doit son origine en grande partie à une particularité que l'on avait cru trouver dans les actions possessoires et que l'on a ensuite voulu étendre arbitrairement à tous les interdits. Il peut se faire, en effet, que la personne qui a succombé dans une action possessoire intente plus tard contre l'adversaire une action pétitoire (revendication ou action négatoire), et qu'ensuite de cette nouvelle action, celui-ci soit condamné à restituer la chose ou la situation à l'égard de laquelle il avait obtenu gain de cause dans la première action; de manière que le résultat obtenu par l'action possessoire paraît réduit à néant par le jugement rendu au

[11] *Voy.* les passages des anciens, cités ci-dessus, nos 15 et les suivants : Lex (Thoria) agraria, c. 7. lin. 18. — Cic., *in Rullum*, III, 3, ci-après, § 90, II. — Festus, v. « *Possessio* est, ut definit Gallus Ælius usus quidem agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager. . . . . . Itaque in legitimis actionibus nemo (ex iure Quiritium?) possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut prætor his verbis utatur : *Uti nunc possidetis eum fundum q. d. a. quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, uti ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.* » Cf. Festus, v. *Possessiones*, à la note suivante. *Voy.* aussi ce que nous dirons du *precarium*, ci-après, § 90, III, et t. II, § 244, no 3.

[12] *Voy.* ci-après, § 90, I et II. Aussi, souvent le mot *possessio* est-il synonyme d'*immeuble :* Festus, v. « *Possessiones* appellantur agri late patentes publici privatique, quia non mancipatione, sed usu tenebantur, et, ut quisque occupaverat colebat, » et ci-dessus, § 83, notes 2. 14 sq.

[13] En effet, le domaine public contenait beaucoup de pâturages que les Romains divisaient en *saltus hiberni* et *æstivi*, selon que les troupeaux y étaient conduits pendant l'hiver ou pendant l'été. Or, pendant le temps que le possesseur d'un pareil pâturage ne s'en servait pas, il lui était fort indifférent qu'un autre s'y établit, et la privation de la possession n'était certaine pour lui que lorsque celui qui s'y était établi l'empêchait de reprendre le pâturage. *Voy.* ci-dessus, § 86, note 19 et Varron, *de re rustica*, II, 1, 2. 9. — Fr. 67, D., *de legatis III* (32).

[14] *Voy.* ci-dessus, § 71, note 46.

pétitoire [15]. Mais il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre que cette éventualité qui, au reste, peut se produire dans bien d'autres hypothèses [16], ne porte aucune atteinte à la force de chose jugée, acquise au premier jugement. Car la question décidée par ce jugement est tout autre que celle qui est résolue par le jugement de l'action pétitoire : le premier a statué sur le fait de la possession; dans le second, il s'agit du droit de propriété [17]. Or, il est parfaitement possible que celui qui a la possession d'une chose n'en soit point propriétaire [18].

§ 89. *Des interdits* retinendæ possessionis †.

On appelait *interdicta retinendæ possessionis* les décrets par lesquels le préteur nous maintenait dans la possession d'une chose, en défendant à l'adversaire de nous troubler dans l'exercice de cette possession : VIM FIERI VETO [1]. Pour obtenir cette protection, il fallait donc avant tout justifier de notre possession. Si le défendeur contestait la possession et qu'il ne nous fût pas possible de l'établir, nous succombions dans le débat. Il en devait naturellement être de même quand le défendeur, non content de contester la possession dans notre chef, soutenait et prouvait qu'il était lui-même possesseur. Mais dans ce cas, la procédure donnait encore un autre résultat. En effet, si réellement la possession était au défendeur, le

[15] Encore n'est-il pas exact de dire que ce résultat est, même de fait seulement, réduit à néant. Le vainqueur, en effet, conservera les dommages et intérêts que la sentence au possessoire a pu lui accorder et, s'il est de bonne foi, il acquerra les fruits que la chose peut produire jusqu'à la *litis contestatio* dans l'action pétitoire.

[16] L'héritier de Titius me poursuit en restitution d'une chose que Titius avait déposée entre les mains de mon père dont je suis héritier; je suis contraint de restituer la chose. Plus tard, je découvre un testament par lequel Titius me lègue cette même chose; je la réclame et l'obtiens par l'action *ex testamento*. Dira-t-on que le premier jugement est purement provisoire?

[17] Fr. 35, D., *de adquir. possessione* 41, 2. « ... Ita enim fiet, ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur et tunc de dominio quæratur ». — Fr. 14, § 3, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2, ci-dessus, § 69, note 50. – Fr. 12, § 1. Fr. 52, pr. D., *de adquir. poss.* 41, 2, et Fr. 1, § 2, D., *uti possidetis* 43, 17, cités ci-dessus, § 80, note 10.

[18] Fr. 1, § 2, D., *uti possidetis*, cité à la note précédente.

† GAIUS, IV, 148-152. – § 4, I., *de interdictis* 4, 15. – Tit. D., *uti possidetis* 43, 17; *utrubi* 43, 31. – Tit. Th. C., *utrubi* 4, 23. – Tit. I. C., *uti possidetis* 8, 26.

[1] Le mot VIS n'a point, en cette matière, la signification rigoureuse qu'on lui donne dans les interdits *recuperandæ possessionis;* notamment il ne suppose point une violence dirigée contre notre personne : tout acte qui nous empêche d'exercer librement notre possession est contraire à la défense de l'Édit. Car, comme le dit POMPONIUS dans un passage qui aurait dû être placé au titre *Uti possidetis*, mais qui figure comme Fr. 11, D., *de vi* 43, 16 : « Vim facit qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo : sive in serendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid ædificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit ». Cf. Fr. 1, § 5. 7. Fr. 29, D., *quod vi aut clam* 43. 24. Mais c'est à tort que l'on cite à ce propos les Fr. 5, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2 et Fr. 8, § 5. Fr. 14, § 1. Fr. 17, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. Ces textes, en effet, à l'exception d'une seule ligne du Fr. 8, § 5, *cité,* traitent de l'*actio negatoria* et se rapportent à un ordre d'idées tout différent.

pouvoir que nous exercions, et dans lequel nous demandions à être maintenu, constituait en réalité une atteinte portée à son pouvoir. C'était donc à lui qu'il appartenait de requérir la protection du magistrat, et il y avait dès lors deux demandes en maintenue. Or, comme, pour la décision de ces deux demandes, il fallait examiner les mêmes faits, ou au moins des faits connexes, rien n'était plus naturel que de les réunir en une seule procédure, ou, comme disent les Romains, en faire un *iudicium duplex,* lequel pouvait, suivant le résultat de l'examen des faits, amener la condamnation du défendeur ou du demandeur. Ce qui était presque une nécessité, dans le cas dont nous venons de parler, offrait une grande utilité quand le défendeur, tout en reconnaissant notre possession, soutenait que nous l'avions usurpée en le dépossédant, lui, d'une manière injuste : VI, CLAM VEL PRECARIO. Dans ce cas, on lui permettait de se faire de ce moyen de défense une arme agressive et de conclure à ce que nous fussions, non-seulement débouté de notre demande, mais encore condamné à restituer la possession, réunissant ainsi un interdit *recuperandæ possessionis* à la demande en maintenue [2].

Cette éventualité de *iudicium duplex* se rencontrait dans tous les procès en maintenue de la possession [3]; mais, sous d'autres rapports, il y avait des différences assez marquées entre ceux qui concernaient les immeubles et ceux dans lesquels il s'agissait de la possession d'une chose mobilière. On distinguait ces deux catégories en appelant, d'après les premiers mots du chapitre de l'édit qui s'y rapportait, la première UTI POSSIDETIS et la seconde UTRUBI [4].

L'interdit UTI POSSIDETIS, créé pour la conservation de la possession des immeubles [5], nous montre l'élément pénal, qui se rencontre dans les interdits, développé au plus haut degré [6]. Comme dans tous les interdits

[2] Cette exception ou demande reconventionnelle (pour nous servir d'un terme moderne) du défendeur se trouvait consacrée d'une manière générale dans l'édit. Elle fait de droit partie de l'interdit : *interdicto* INEST. *Voy.* les formules transcrites ci-après, aux notes 43 sq.

[3] Nous justifierons ci-après, à la note 7, le mot éventualité dont nous venons de nous servir. Quant à l'importance pratique de la duplicité des interdits *retinendæ possessionis,* elle ressortira des développements que nous aurons à donner ci-après, aux notes 39-45. Ici nous nous bornons à citer les textes qui la constatent : GAIUS, IV, 160. — § 7, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 2, pr. D., *de interdictis* 43, 1. — Fr. 3, § 1, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7.

[4] GAIUS, IV, 48. — PAUL, V, 6, 1. — § 4, I., *de interdictis* 4, 15, et la note suivante.

[5] Nous avons donné ci-dessus, § 88, note 11, la formule qui nous a été conservée par FESTUS et qui commence ainsi : UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM Q. D. A. Une rédaction un peu différente se trouve chez ULPIEN, Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17. « UTI EAS ÆDES Q. D. A. nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis : quominus ita possideatis, vim fieri veto... neque pluris *rel.* ci-après, note 46 ». Il est probable qu'il y avait aussi une rédaction : UTI EUM LOCUM. *Voy. Gromatici*, p. 74, 29 (79, Goës.). Cf. GAIUS, IV, 160. — Fr. 1, § 7. 8. Fr. 3, § 6, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 60, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[6] Les détails que nous allons donner se trouvent chez GAIUS, IV, 165-169.

prohibitoires, l'action qui pouvait suivre l'ordonnance du préteur devait être engagée au moyen de la *sponsio*. Mais quand il y avait lieu à un *iudicium duplex* [7], le préteur, avant de laisser procéder à la *sponsio*, mettait aux enchères la possession de la chose pendant le procès et l'accordait à celui des deux plaideurs qui offrait la somme la plus élevée, *fructus licitatio*. Cette somme était pénale, en ce sens que l'enchérisseur, s'il succombait, était tenu de la payer pour cela seul, *quod alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus erat*. Habituellement, dans le principe sans doute toujours, l'enchérisseur prenait cet engagement par une promesse spéciale, *fructuaria stipulatio*. Après cela, les parties engageaient le pari en faisant une double *sponsio* et une double *restipulatio*. La formule étant ensuite donnée, le *iudex* avait dès lors à rechercher laquelle des deux parties avait, avant la licitation, réellement possédé la chose *nec vi nec clam nec precario ab altero*, ce qui constituait l'objet du pari. Le perdant était condamné à payer le montant des gageures. Si c'était l'enchérisseur, il devait encore payer la valeur des fruits qu'il avait perçus depuis les enchères, et, de plus, à titre de peine, la *summa licitationis*, au cas qu'il l'eût promise au moyen de la *stipulatio fructuaria*. Quand il n'y avait pas eu de stipulation à cet égard, le jugement du pari ne pouvait comprendre la *summa licitationis*; mais le gagnant avait le droit de la poursuivre par une action séparée, *iudicium fructuarium*, que l'on qualifiait de *secutorium*, parce qu'il était une suite du jugement de la gageure. Dans tous les cas, le gain du pari par celui qui n'avait pas eu la possession pendant le procès avait naturellement pour conséquence de lui donner le droit de demander la restitution de la chose au moyen d'une action qui, par ce motif, était également qualifiée de *iudicium secutorium* et portait le nom particulier de *iudicium Cascellianum*. — Ces formalités et pénalités sont naturellement disparues dans la législation de Justinien [8].

[7] Il pouvait se faire, en effet, que le débat ne prît point ce caractère, par exemple, quand le défendeur, sans prétendre lui-même à la possession, se bornait à dénier les faits de trouble ou à contester simplement la possession dans le chef du demandeur. Il est vrai que les anciens appliquent toujours sans réserve à nos actions la qualification de *iudicium duplex*; mais cela s'explique aisément : d'abord parce que l'interdit se présente toujours sous une forme double (ci-dessus, note 5); ensuite, de fait, il devait arriver rarement qu'un défendeur fît résistance à l'ordre du préteur quand il n'avait pas l'intention de prétendre à un pouvoir sur la chose. Il n'en est pas moins vrai que les hypothèses que nous avons indiquées pouvaient se présenter et que dans ces hypothèses l'action n'avait aucun caractère double. Aussi ULPIEN, en parlant de l'interdit *de aqua*, qui apparaît partout comme simple, nous dit que cet interdit appartient à chacun des deux voisins, comme *duplex, si contentio de aquæ usu sit*, UTROQUE SUUM USUM ESSE CONTENDENTE. Fr. 1, § 26, D., *de aqua* 43, 20. Et GAIUS, IV, 170, nous apprend que parfois les parties s'abstenaient de procéder aux formalités décrites aux §§ 166-169 : « Sed quia nonnulli, interdicto reddito, cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, prætor... » Malheureusement ce passage de Gaius présente tant de lacunes qu'il nous est impossible de deviner ce que le jurisconsulte a pu dire à propos de cette hypothèse.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 70, notes 8. 25.

L'interdit UTRUBI [9], étant prohibitoire comme le précédent, donnait également lieu, en cas de contestation, à une double gageure, mais nous n'y rencontrons pas les autres pénalités. Il différait encore de l'interdit *Uti possidetis*, en ce qu'on y donnait gain de cause, non pas à la partie qui possédait au moment de l'obtention de l'interdit, mais à celle qui avait possédé la chose litigieuse pendant la plus grande partie de l'année et dont la possession n'était pas vicieuse à l'égard de la partie adverse [10]. Pour calculer le temps pendant lequel les parties avaient respectivement possédé, elles pouvaient joindre à leur possession celle de leurs auteurs, *accessio possessionis* [11].

En appréciant au point de vue pratique les particularités que nous venons d'exposer, on s'aperçoit que l'interdit *Uti possidetis*, comme l'interdit *Utrubi*, pouvait prendre même en faveur du demandeur un caractère restitutoire, le premier par suite de la *fructuum licitatio*, le second en vertu de la rédaction même de l'édit [12]. C'est probablement à cause de cet effet restitutoire que l'on se servit, sous le système formulaire, de ces

[9] GAIUS, IV, 148. 151-153. — PAUL, V, 6. 1. — (GAIUS, IV, 160) Fr. 1, pr. D., *utrubi* 43, 31. « UTRUBI HIC HOMO Q. D. A. (le manuscrit de Gaius ajoute : APUD QUEM) MAIORE PARTE HUIUSCE ANNI FUIT : QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. » — La plus ancienne mention de cet interdit se trouve dans une allusion chez PLAUTE, *Stichus*, V, 4, 23 (700). « *Sagarinus :* Uter amicam *utrubi* adcumbamus? *Stichus :* Abi tu sane *superior*. » L'expression *superior* est propre aux interdits possessoires. Cf. les passages cités à la note suivante et *passim*.

[10] GAIUS, IV, 150-152. — PAUL, V, 6, 1.—*Vatic. fragm.* 293. 311.—§ 4, I., *de interdictis* 4, 15, et THÉOPHILE, *ad h. l.* — Fr. 156, D., *de verb. signif*, 50. 16. « Maiore parte anni possedisse quis intelligitur etiam si duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus, aut nullis possederit. » — Ces effets étaient une conséquence directe de la rédaction de l'édit. *Voy.* la note précédente. De cette manière, l'interdit *Utrubi*, tout en étant prohibitoire en la forme « VIM FIERI VETO, » pouvait avoir pour effet de nous faire restituer une possession perdue. Cette particularité s'explique par la nature incertaine et équivoque des actes de dépossession en fait de meubles. Si une autre personne tient notre chose, il est certain que de fait elle nous empêche d'en disposer librement, mais il n'en résulte point nécessairement qu'elle veuille nous déposséder. Cette intention n'est constante qu'à la suite d'un refus que nous subissons (ci-dessus, § 86, notes 10 sqq.). Dès lors il a dû paraître équitable de ne pas laisser succomber le demandeur en maintenue qui pouvait avoir de bonnes raisons pour croire qu'il n'était pas dépossédé. — Ce qui est plus difficile à expliquer, c'est la *maior pars huiusce anni*. Les hypothèses plus ou moins ingénieuses qu'on a émises à ce sujet ne nous paraissent point assez probables pour les reproduire ici.

[11] GAIUS, IV, 150-152. C'est probablement à cette *accessio possessionis* dans l'interdit *Utrubi*, que se rapportent plusieurs textes (notamment les Fr. 17, § 1, D., *depositi* 16, 3.—Fr. 13, § 1-13. Fr. 14. 39, D., *de adquir. possessione* 41, 2. — Fr. 16 in f. D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 14, D., *de diversis temporal. præscriptionibus* 44, 3) qui, après la disparition de cet interdit, n'auraient pas dû trouver place dans le Digeste, où ils ne peuvent qu'embarrasser, par la raison qu'on ne peut les rattacher à aucune matière du droit nouveau, ni aux règles générales sur la possession, ni à l'usucapion où se rencontre également l'*accessio possessionis*, mais régie par d'autres principes que dans l'interdit *Utrubi*. *Voy.* ci-après, § 113, E.

[12] Nous avons cherché à expliquer ci-dessus, note 10, le caractère mixte de l'interdit *Utrubi* par la nature incertaine et équivoque des actes de dépossession en fait de meubles. Cette considération peut également s'appliquer, bien que d'une manière moins générale, à l'interdit *Uti possi-*

interdits comme d'un moyen de droit préalable à la revendication [13]. On comprend, en effet, que l'interdit *Utrubi* pouvait, dans bien des cas, servir à nous faire ravoir la possession de notre chose [14] sans que nous fussions astreints à recourir à la revendication, qui exigeait la preuve souvent difficile du droit de propriété [15]. A l'égard des immeubles, l'utilité du procédé est moins frappante, du moins dans le droit nouveau; mais elle a pu être plus grande et surtout plus fréquente à une époque où les règles sur la perte de la possession, surtout en ce qui concerne la dépossession clandestine, n'étaient point encore arrivées au degré de précision que nous trouvons plus tard [16]. Quoi qu'il en soit, Justinien et Théophile s'expriment de manière à nous faire supposer que cet emploi des interdits *retinendæ possessionis* fût encore fréquent de leur temps [17].

Après ces notions préliminaires, examinons maintenant, d'après la législation de Justinien, la nature des interdits *retinendæ possessionis* ou plutôt de l'unique interdit qui reste subsister dans cette législation. Nous disons l'unique interdit : d'une part, en effet, l'élément pénal qui dominait, à des degrés différents, les deux interdits n'existe plus; d'autre part, les particularités qui distinguaient l'interdit *Utrubi* ont disparu, et Justinien

detis, pour l'époque où les règles sur la dépossession clandestine des immeubles n'étaient point encore arrivées au degré de précision que nous leur trouvons plus tard (*Voy.* ci-dessus, § 86, notes 19-22, et ci-après, § 90, II). Or il est plus que probable que c'est à cette époque que fut introduite la *fructuum licitatio,* qui donnait à l'interdit un caractère éventuellement restitutoire. *Voy.* ci-dessus, notes 5. 6. 7; ci-après, note 50 et § 90, IV.

[13] On a prétendu que c'est pour remplir ce but, particulièrement pour régler la possession intérimaire dans la revendication et pour déterminer le rôle à prendre par chaque partie dans cette action, que le préteur aurait créé les interdits *retinendæ possessionis.* A l'appui de cette opinion, on invoque GAIUS, IV, 148; ULPIEN, Fr. 1, § 2. 3, D., *uti possidetis* 43, 16; § 4, I., *de interdictis* 4, 15, et THÉOPHILE, *ad h. l.* Il est d'abord à remarquer que, si ces textes rendent ce soutenement plausible, ils sont loin de le confirmer expressément; il ne faudrait surtout pas oublier que les mots : *Huius autem interdicti proponendi causa hæc fuit* se trouvent au § 2, et non pas au § 3 du passage d'Ulpien. Mais en fût-il autrement, nous n'en considérons pas moins cette opinion comme inadmissible. En effet, les témoignages historiques invoqués ne sont pas plus décisifs que ceux que les jurisconsultes nous donnent sur l'origine de l'*usucapio pro herede,* des *sui heredes,* etc. (*Voy.* ci-après, § 110, D, 1, et t. III, § 411, notes 26 sqq.). — Rien n'est plus conforme au génie romain que d'appliquer des institutions existantes à des hypothèses non prévues dans l'origine, lorsque cette application répond à un besoin ou présente un certain degré d'utilité, mais il est improbable, pour ne pas dire plus, que l'on ait inventé une institution aussi compliquée que l'interdit *Uti possidetis* pour résoudre une question qui, depuis des siècles, avait trouvé sa solution. *Voy.* ci-après § 117. — D'autant plus que l'emploi des interdits *retinendæ possessionis* était impossible précisément dans les hypothèses où la revendication était particulièrement importante et utile, savoir lorsque le défendeur a la possession non vicieuse de la chose et qu'aucun acte hostile à notre égard ne peut lui être reproché.

[14] A cet effet, il suffisait que nous eussions eu la chose en notre possession *maiore parte anni.* *Voy.* ci-dessus, note 10.

[15] *Voy.* ci-après, § 118, A, nº 1.

[16] *Voy.* ci-dessus, § 86, note 21.

[17] § 4, I., *de interdictis* 4, 15, et THÉOPHILE, *ad h. l.* Les autres textes relatifs à cette matière se trouvent indiqués ci-après, note 32.

nous dit expressément que les choses mobilières, comme les immeubles, sont régies par les principes de l'interdit *Uti possidetis* [18], lequel se présente dès lors comme une *in factum actio,* donnée au possesseur d'une chose mobilière ou immobilière pour le protéger contre les faits de trouble qui portent atteinte au libre exercice de sa possession.

A) Le fondement de l'action étant la possession, le demandeur doit d'abord prouver qu'il est possesseur [19] au moment de la *litis contestatio* [20]. La nature de sa possession est indifférente, notamment il n'importe qu'elle soit juste ou injuste [21]. — Il doit prouver, en second lieu, que le défendeur s'est rendu coupable envers lui d'un fait qui porte atteinte au libre exercice de sa possession [22], ce qui nous conduit à l'examen de la question de savoir contre qui l'interdit peut être intenté?

B) L'interdit peut être intenté contre la personne qui s'est rendue cou-

[18] § 4, I., *de interdictis* 4, 15. « ... Hodie tamen aliter observatur; nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exæquata est : ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet. » Une proposition analogue est attribuée à ULPIEN, Fr. 1, § 1, D., *utrubi* 43, 31; mais c'est évidemment une interpolation.

[19] § 4, in f. I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 9, *verb.* Quidam tamen D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 3, § 8, D., *h. t.* Cf. Fr. 20, D., *de vi* 43, 17. — Fr. 1, § 7, D., *h. t.* « Hoc interdictum locum habet, si quis totum fundum se possidere dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso. » — Fr. 12, D., *communi dividundo* 10, 3.

[20] § 4 in f. I., *de interdictis* 4, 15. — Anciennement, il fallait naturellement avoir possédé au moment de l'*interdictum redditum.* GAIUS, IV, 50. Cf. Fr. 3, § 6 in f. D., *h. t.* — FESTUS, v. *Possessio.* « ...... Uti NUNC possidetis... ». — QUINTILIEN, VII, 5, 3. « Ut in sponsionibus..... non solum posseDISSE, sed etiam nostram posseDISSE docere oportebit ». Nous avons cité ci-dessus (§ 81, note 7) ce dernier passage par rapport à l'*animus domini,* à cause du mot NOSTRAM. On pourrait objecter que rien ne prouve que Quintilien n'ait pas compris dans sa proposition les possessions du créancier-gagiste, du précariste, etc. Il n'en reste pas moins vrai que, dans la pensée de l'auteur, le NOSTRUM paraît un élément essentiel de la possession en général.

[21] Fr. 2, D., *h. t.* « Iusta enim an iniusta *adversus ceteros* possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet. » — Fr. 53, D., *de adq. poss.* 41, 2. « *Adversus extraneos* vitiosa possessio prodesse solet. » — Fr. 17, D., *de precario* 43, 26. Pour l'explication des mots *adversus ceteros, adversus extraneos, adversus omnes præter eum quem rogavit, voy.* ci-après, note 42.

[22] Ceci implique deux propositions plus ou moins controversées : 1° Il faut une atteinte, un acte qui lèse notre possession. Cela a été contesté, surtout pour l'ancien droit. Mais nous doutons fort qu'à aucune époque de l'histoire romaine on eût accordé un interdit à celui qui aurait tenu le langage suivant: « Préteur! N. N. ne m'a jamais rien fait, mais j'ai lieu de craindre qu'il ne songe à me troubler dans la libre jouissance du fonds que je possède. » *Voy.* encore ci-après, § 117, note 4, et §§ 121. 136. Le Fr. 20, § 1, D., *quod vi aut clam* 43, n'a aucun rapport avec notre matière. — 2° Il faut que la lésion ne soit pas allée jusqu'à la dépossession; car, dans ce cas, il y aurait lieu à un interdit *recuperandæ possessionis.* Fr. 1, § 4, D., *h. t.* 43, 17. — Fr. 1, § 1, D., *utrubi* 43, 31, *Voy.* encore ci-après, notes 47 sqq. — Rappelons à ce propos que la renonciation à la possession ne se présume pas. Ainsi le fait d'avoir intenté une action en revendication ne nous empêche pas de diriger contre la même personne un interdit *retinendæ possessionis.* Fr. 12, § 1, D., *de adq. poss.* 42, 2. *Voy.* ci-dessus, § 86, note 26, et ci-après, § 118, note 16. Il en est autrement de la dénonciation de nouvel œuvre qui implique reconnaissance de la possession dans le chef de l'adversaire. Fr. 1, § 6. Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1, et ci-après, t. II, § 367, n.

pable du fait portant atteinte à la possession du demandeur, ou, pour nous servir de l'expression usuelle, contre l'auteur du trouble [23] : il ne se donne point contre les héritiers comme tels, mais seulement lorsqu'ils continuent eux-mêmes de nous troubler [24]. — Mais que faut-il entendre par trouble? Quel caractère le fait doit-il avoir pour que nous soyons autorisé à intenter contre son auteur un *interdictum retinendæ possessionis?* La réponse à ces questions se trouve dans les observations que nous avons présentées ci-dessus en traitant de la perte de la possession par le fait d'autrui (§ 86, n° 1). De même qu'un tiers peut fort bien avoir et exercer le pouvoir physique sur une chose et aller même jusqu'à nous empêcher entièrement d'en disposer dans le moment actuel, sans que de ce fait résulte pour nous perte de la possession; de même il se peut que quelqu'un porte atteinte au pouvoir exclusif que nous avons sur une chose, sans que cette atteinte constitue un trouble dans le sens technique du mot, c'est-à-dire une lésion de notre possession [25]. Pour que l'acte ait ce caractère, il faut qu'au fait extérieur se joigne un élément intentionnel, la volonté de léser notre possession, ce qui implique presque toujours de la part de l'adversaire l'intention d'exercer lui-même un pouvoir sur la chose [26], soit le pouvoir absolu et exclusif qui constitue la possession, soit un autre pouvoir quelconque moins étendu. Cette intention qui résulte le plus souvent des circonstances et, en dernière analyse, de la manière dont l'adversaire répond à l'action [27], est donc indispensable; mais aussi dès qu'elle

[23] Mais aussi il ne peut être intenté que contre celui-là : les actions possessoires sont, en effet, essentiellement des *actiones in personam*, comme nous l'avons démontré en exposant la nature de la possession, ci-dessus, § 80, note 7. C'est par cette différence fondamentale que l'interdit *retinendæ possessionis* se distingue de l'action négatoire, avec laquelle il présente, sous tous les autres rapports, la plus grande analogie. Et cette considération explique suffisamment pourquoi Cassius et Ulpien refusent l'interdit *Uti possidetis* dans le cas du Fr. 3, § 5, D., *h. t.* qui a tant embarrassé les commentateurs. *Voy.* ci-après, § 138, note 8.

[24] Sauf à être tenus *in id quod ad eos pervenit.* Fr. 35, D., *de obl. et act.* 44, 7, combiné avec Fr. 1, pr. in f. D., *h. t. Voy.* aussi ci-dessus, § 56, note 6, et ci-après, § 90, note 9.

[25] Dans des cas de ce genre, il peut y avoir lieu à l'*actio legis Aquiliæ ob damnum iniuria datum*, à l'interdit *quod vi aut clam*, à l'*actio iniuriarum*, etc. (Fr. 25, § 5, D., *locati* 19, 2; Fr. 7, § 4 sqq. Fr. 9. 11. 22 pr. D., *quod vi aut clam* 43, 24; Fr. 13, § 7, *verb.* Aut si quis D., *de iniuriis* 47, 10, et ci-après, t. II, § 272, note 27), ou bien, si le fait coupable contient lésion d'une obligation contractuelle, à l'action du contrat. Fr. 3, § 5, D., *h. t.*, combiné avec Fr. 25, § 5, D., *locati* 19, 2. Cf. Fr. 20, D., *de adq. poss.* 41, 2, et ci-dessus, § 86, note 10.

[26] Pour le droit français, M. Belime s'exprime comme suit : « On doit réputer trouble de possession tout acte emportant prétention à la *propriété* ou à un droit de *servitude* », et cette règle est assez généralement admise aujourd'hui. *Voy.* Dalloz, *Répertoire*, v° *Action possessoire*, n° 53. L'idée qui sert de base à cette proposition est juste, mais la rédaction n'est pas entièrement exacte. Le mot *propriété* devrait être remplacé par *possession* et le terme *servitude* est trop étroit. *Voy.* ci-après, note 29 et § 121, notes 1-5.

[27] Absolument comme dans la pétition d'hérédité, dans les actions confessoire et négatoire, et même dans la revendication. *Voy.* ci-après, § 118 c.; §§ 121.122; t. III, § 408. — Le refus d'explication donne tout avantage au demandeur. Cf. ci-dessus, § 68, note 55.

existe nous pouvons intenter l'interdit toutes les fois [28] qu'un autre dispose, de quelque manière que ce soit, contre notre volonté, de la chose que nous possédons ou nous empêche d'en disposer comme bon nous semble [29]. Aucune autre condition n'est requise : particulièrement, il n'est point nécessaire que l'adversaire prétende posséder lui-même [30].

C) L'interdit a pour but le maintien de la possession. Le juge doit donc d'abord constater le fait de la possession [31]. C'est pourquoi l'interdit peut être utilement employé comme préalable au jugement de la revendication [32], afin de nous faire obtenir le rôle plus avantageux de défendeur [33], ce qui fréquemment aura même pour effet de rendre inutile la poursuite ultérieure de la revendication [34]. — Le fait de notre possession étant constaté, il sera ordonné à l'adversaire de cesser son trouble et de nous tenir indemne du préjudice qui en est résulté pour

[28] Signalons l'exception concernant les cloaques. « DE CLOACIS HOC INTERDICTUM NON DABO. » Fr. 1, pr. D., *h. t.* Cf. Tit. D., *de cloacis* 43, 23, et ci-après, § 158, nº 5.

[29] *A)* Fr. 12, D., *communi dividundo* 10, 3. — * Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. — Fr. 3, § 4. 6*. 7*. 9*, D., *h. t.* — *B)* *Fr. 8, § 5, D., *si servitus vind.* 8. 5. — *Fr. 52, § 1, D., *de adquir. poss.* 41, 2. — *Fr. 11, D., *unde vi* 43, 16. — Fr. 3, § 2*. 3. 4. 9*, D., *h. t.* — Fr. 14, D., *de iniuriis* 47, 10. — Le plus souvent le défendeur nous troublera en exerçant des pouvoirs contenus dans un droit de servitude; mais il y a aussi bien d'autres hypothèses de lésion. Cf. ci-après, § 121, notes 2-4. Nous avons distingué par un astérisque les passages où il s'agit d'usurpation de servitudes.

[30] La thèse contraire, qui pendant quelque temps a trouvé un accueil assez favorable mais qui commence à s'effacer, invoque le caractère double de l'interdit et les mots *controversia possessionis* qui se rencontrent dans notre matière. Nous reviendrons, ci-après, notes 40-45, sur le caractère double. Quant au terme *controversia possessionis*, il n'a point le sens exclusif qu'on lui prête. Pour me faire une *controversia possessionis*, mon adversaire n'a pas besoin d'élever la prétention d'être possesseur lui-même, pas plus qu'il ne doit prétendre être fils de Titius quand il me conteste cette qualité dans une *controversia status*. *Voy.* au reste la note précédente.

[31] Fr. 35, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. Cf. ci-dessus, notes 19. 20.

[32] GAIUS, IV, 148. — § 4, I., *de interdictis* 4, 15, transcrit à la note suivante, et THÉOPHILE, *ad h. l.* — Fr. 1, § 3, D., *h. t.* — Fr. 35, D., *de adq. poss.* 41, 2. — L. 15, C., *de rei vindicatione* 3, 32. — L. 1, C., *uti possidetis* 8, 6.

[33] *Voy.* ci-après, § 117, note 16, et Fr. 1, § 3, D., *h. t.* « ... Ille possessoris commodo... ille petitoris onere fungetur... » — § 4, I., *de interdictis* 4, 15. « Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta Uti possidetis et Utrubi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit, et ante quæritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est, possidere potius, quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendo in eo est, quod, etiamsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sunt utriusque iura, contra petitorem iudicari solet. » et THÉOPHILE, *ad h. l.*

[34] Il en était ainsi surtout dans l'ancien temps, à cause de l'incertitude qui régnait par rapport à la perte de la possession et de l'effet restitutoire que les deux interdits *retinendæ possessionis* pouvaient produire même à l'égard du demandeur. *Voy.* ci-dessus, note 12. Mais quoi qu'en disent Justinien et Théophile, l'utilité de l'action en maintenue, comme préalable à la revendication, n'est guère importante dans le droit nouveau, et il est inconcevable que l'on ait pu dire sérieusement que c'est l'unique ou à peu près l'unique emploi des interdits *retinendæ possessionis*.

nous [35]. Le montant de l'indemnité est déterminé d'après les règles générales en matière de dommages et intérêts [36]; cependant s'il y a lieu à restitution de fruits, cette obligation ne s'étend point au delà de la *litis contestatio* [37]. En outre, le juge peut prendre des mesures pour empêcher tout trouble ultérieur, et particulièrement imposer à cet effet une caution à la partie qui succombe, *ne amplius turbetur* [38].

Le défendeur peut, de différentes manières, répondre à l'action qu'on lui intente. Abstraction faite de l'hypothèse où il dénierait les faits de trouble, il peut contester la possession de l'adversaire [39]; il peut même soutenir qu'il possède lui-même. Dans ce dernier cas, le pouvoir que le demandeur exerce sur la chose, et dans lequel il demande à être maintenu, prend vis-à-vis du défendeur le caractère d'une atteinte portée à la possession de ce dernier, et nous nous trouvons en présence de deux actions en maintenue [40]. Quelque chose d'analogue se présente quand le défendeur, tout en reconnaissant la possession de la partie adverse, soutient qu'elle l'a acquise en le dépossédant, lui, d'une manière injuste, *vi, clam vel precario* [41]. Dans ce cas, en effet, il est permis au défendeur de se faire de l'exception fondée sur les faits illégaux commis envers lui [42] une arme agressive, et de conclure à ce que l'adversaire soit non-seulement débouté de sa demande, mais encore condamné à restituer la possession de la chose. L'exception a ici la nature et l'effet d'un *interdictum recuperandæ possessionis*. Dans les cas que nous venons d'indiquer, il y a donc, en réalité, deux procès dans chacun desquels les parties prennent respectivement le rôle de demandeur et de défendeur. Cette particularité, qui se

[35] Fr. 1, pr. § 4. Fr. 3, § 11, D., *h. t.* Cf. MACHELARD, *Théorie générale des interdits*, p. 200 sqq.

[36] Fr. 3, § 11, D., *h. t.*, et ci-après, t. II, § 175.

[37] Fr. 3, D., *de interdictis* 43, 1. « In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro. » Arg. Fr. 1, § 40, D., *de vi* 43, 16.

[38] Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17. « Ait Prætor : UTI POSSIDETIS... QUOMINUS ITA POSSIDEATIS VIM FIERI VETO. » Arg. Fr. 2, § 18, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — Fr. 7. 12, D., *si servitus vindicetur* 8, 5, et ci-après, § 121, note 10.

[39] Ces deux hypothèses constituent de simples *litis contestationes negativæ* (ci-dessus, § 62, n° 1) et ne présentent rien de particulier. Il importe cependant de les signaler, d'abord pour rendre l'exposé complet, ensuite parce qu'elles démontrent, d'une part, que les interdits *retinendæ possessionis* ne supposent pas toujours et nécessairement un défendeur qui prétend avoir lui-même la possession de la chose, et d'autre part, qu'ils ne sont pas toujours et nécessairement *iudicia duplicia*. *Voy.* les notes suivantes, et ci-dessus, notes 3 et 7.

[40] GAIUS, IV, 160. 166. — Fr. 1, pr. § 3, D., *h. t.*

[41] « Uti eas ædes q. d. a. NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO possidetis... » Fr. 1, pr. D., *h. t.* — § 4, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 1, § 5. 9. Fr. 2. 3, pr. § 10, D., *h. t.* — Fr. 17, D., *de precario* 43, 26. — Fr. 1, § 1, D., *utrubi* 43, 31. — Cf. Fr. 1, pr. *de superficiebus*, 43, 18. — Fr. 1, pr. D., *de itinere* 43, 19. — Fr. 1, pr. § 26. 29, D., *de aqua* 43, 20. — Fr. 1, pr. D., *de fonte* 43, 22, et ci-après, § 90, note 17.

[42] *Commis envers LUI.* Car le défendeur ne saurait se prévaloir de la possession vicieuse de l'adversaire que lorsque le vice de la possession provient d'un fait commis envers lui, défen-

trouve indiquée dans le texte même de l'édit [43], a fait ranger les *interdicta retinendæ possessionis* dans la catégorie des *iudicia duplicia* [44]. Il en résulte cette conséquence que le demandeur est exposé, aussi bien que le défendeur, à être condamné, soit à cesser les actes de disposition ou de trouble qu'il s'est permis jusqu'ores, soit même à restituer la possession de la chose qu'il avait enlevée à son adversaire *vi, clam* ou *precario* [45]. — Enfin, le défendeur peut se prévaloir de la *præscriptio temporalis*. Après une année utile, l'interdit n'est plus donné pour les dommages et intérêts; mais le défendeur reste responsable pendant trente ans de ce dont il se trouve enrichi au moment de l'action intentée [46].

Nous venons de voir que l'*exceptio quod vi, clam, precario*, opposée par le défendeur, peut avoir pour effet de lui faire recouvrer la possession dont il avait été dépouillé par le demandeur. On a soutenu que le même moyen, avec les mêmes effets, peut être employé comme réplique par le demandeur, en d'autres termes, que le possesseur dépossédé peut faire servir l'action en *maintenue* comme interdit *recuperandæ possessionis*. Malgré la faveur que cette opinion a rencontrée dans les derniers temps, nous la croyons inadmissible dans la législation de Justinien. Qu'il en ait pu être ainsi dans l'ancien droit, cela ne saurait être contesté; mais le caractère mixte que nos deux interdits revêtaient alors provenait de causes

deur. Ce n'est que dans ce cas, en effet, qu'il aurait le droit d'intenter un interdit *recuperandæ possessionis*. — Fr. 53, D., *de adquir. poss.* 41, 2. « Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet». Cf. ci-dessus, note 21. — Fr. 1, § 9, D., *h. t.* — Fr. 2, D., *eodem.* « Iusta enim, an iniusta *adversus ceteros* possessio sit, in hoc interdicto nihil refert. »

[43] FESTUS, v. *Possessio*, ci-dessus, § 88, note 11 et Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Uti eas ædes....... NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, quominus ita possideatis, vim fieri veto. » De là on a voulu conclure que le demandeur était tenu de prouver sa *possession non vicieuse*, conclusion contraire aux règles de la preuve et à la nature de la possession. La clause *nec vi nec clam nec precario,* tout en figurant de droit dans la formule, est une vraie *exceptio*. Cf. ci-dessus, § 71, note 13 *in fine*, et CIC., *pro Tullio*, 45; *pro Cæcina*, 8. 22. 32; *ad familiares* VII, 13. Cf. ci-après, § 90, note 17. — Fr. 3, § 11, D., *de itinere* 43, 19.

[44] GAIUS, IV, 160. — § 7, I., *de interdictis* 4, 15. « ... Duplicia sunt, veluti UTI POSSIDETIS interdictum, et UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur : sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet ». — Fr. 2, pr. D., *de interdictis* 43, 1. — Fr. 3, § 1, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 37, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Cf. ci-dessus, notes 2 et 3.

[45] *Voy.* les cinq notes qui précèdent. Quelque chose d'analogue se présente quand le nu propriétaire intente l'interdit contre celui à qui il a accordé une servitude ou un droit de superficie. Dans ce cas, le défendeur n'aura pas, naturellement, l'*exceptio quod vi, clam, precario,* mais il obtiendra le même résultat par une *exceptio doli.* Fr. 3, § 7 in f. Fr. 4, D , *h. t.*

[46] Fr. 1, pr. D., *uti possidetis* 43, 17. « ... NEQUE PLURIS, QUAM QUANTI RES ERIT, INTRA ANNUM, QUO PRIMUM EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, AGERE PERMITTAM ». Cf. Fr. 3, § 11, D., *eodem.* — Fr. 4, D., *de interdictis* 43, 1. « Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum Sabinis respondit. » — Jusqu'à concurrence de *id quod ad eum pervenit,* il pourrait aussi y avoir lieu à une *condictio ob iniustam causam.* *Voy.* t. II, § 276 *in fine* et § 277 *in fine.*

qui n'existent plus dans le droit nouveau [47]. Ni le texte de l'édit tel qu'il se trouve après l'assimilation des meubles et des immeubles, ni aucune disposition du *Corpus iuris* n'autorisent le juge à donner gain de cause à un demandeur qui ne prouve pas sa possession [48]. C'est en vain qu'on argumente de l'égalité de position qui est faite aux deux parties dans les *iudicia duplicia*. Cette égalité, qui n'est pas absolue, n'empêche pas que l'on doive, pour ce qui est du fondement de la demande, considérer comme demandeur celui qui met l'action en mouvement et qui doit savoir ce qu'il fait en commençant un procès [49]. Certes, rien n'est plus équitable et en même temps plus conforme aux principes que d'autoriser le défendeur à répondre par une demande en restitution à l'action imprudente ou impudente qu'on le force à subir, mais aucune raison ne milite en faveur du demandeur qui peut choisir et qui n'a qu'à s'imputer à lui-même d'avoir fait choix d'une action impropre à lui faire atteindre le but qu'il poursuit. Cependant cette considération que nous faisons valoir à l'appui de la règle énoncée nous engage en même temps à y admettre un tempérament qui permettrait d'accorder au demandeur la réplique, avec les effets indiqués, dans les cas très-exceptionnels où il avait pu croire, au moment de l'action intentée, n'être que troublé, tandis que les débats établissent qu'il avait été réellement dépossédé par le défendeur [50].

§ 90. *Des interdits* recuperandæ possessionis.

I. L'interdit *unde vi* ou *de vi* †. Anciennement, il y en avait deux espèces : l'un pour le cas de violence exercée à main armée, *vis armata;* l'autre

[47] Savoir : d'une part, la rédaction de l'*Utrubi*, d'autre part la *fructuum licitatio* dans l'*Uti possidetis*. Ajoutons le motif probable : la nature incertaine des actes de dépossession. *Voy*. ci-dessus, notes 10. 12, et ci-après, note 50.

[48] Sans vouloir insister sur le Fr. 1, § 4, D., *de vi* 43, 16, il est cependant permis de dire que ce passage paraît plus concluant en notre faveur que ne le sont pour l'opinion contraire les textes habituellement invoqués. Le Fr. 3, § 10, D., *h. t.*, ne dit absolument rien qui ait trait à la question. Le Fr. 3, pr. D., *eodem* ne saurait davantage fournir le moindre argument : il nous paraît évident que, dans ce texte, Ulpien ne pose l'hypothèse : *si duo possideant in solidum*, que pour en prouver l'absurdité et pour repousser en même temps l'hérésie de Trebatius (Fr. 3, § 5, D., *de adq. poss.* 41, 2), que nous avons mentionnée ci-dessus, § 81, note 2 et sur laquelle nous aurons à revenir ci-après, § 90, note 27.

[49] Gaius, Fr. 13, D., *de iudiciis* 5, 1 (Fr. 2, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3). « In tribus istis duplicibus iudiciis... quæritur, quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur? Sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad iudicium provocassit ». *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 278.

[50] Cf. ci-dessus, § 86, notes 13. 22. 23 ; § 87, notes 4. 10. 11. 12, et ci-après, § 90, IV.

† Lex (Thoria) agraria, c. 7. — Gaius, IV, 154 sqq. — Paul, V, 6, 2 sqq. — § 6, I., *de interdictis* 4, 15. — Tit. D., *de vi et de vi armata* 43, 16. — Tit. Th. C., *unde vi* 4, 22. — Tit. I. C., *eodem* 8, 4. — Les deux discours de Cicéron, *pro Cæcina* et *pro Tullio* donnent aussi des renseignements sur l'interdit *de vi*, tout en faisant naître diverses difficultés qui sont traitées avec soin par Keller, *Semestria ad M. Tullium Ciceronem*. Zürich, 1842.

pour cause de toute autre violence grave, *vis quotidiana*. Ces deux espèces ont été fondues par la suite en une seule et même action [1]. — L'interdit ne s'applique qu'aux immeubles [2]. Il est donné au possesseur [3] qui a été expulsé [4] par des voies de fait exercées contre lui, *atrox vis*, ou par suite d'une crainte fondée de pareille violence [5]. — Il peut être intenté contre

[1] Cicéron, *pro Cæcina* 31. « Ad duas dissimiles res duo disiuncta interdicta sunt. » – Le même, *ibidem* 32; *pro Tullio* 44; *in Verrem* II, 1, 19. — L'inscription du titre du Digeste indique cette ancienne division, qui cependant ne se retrouve plus dans le texte de l'édit, tel que nous l'a conservé le Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quæque ille tunc ibi habuit (quanti ea res erit) tantummodo intra annum; post... annum de eo quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo. Les derniers mots iudicium dabo sont évidemment une interpolation. Le texte vrai de l'édit portait probablement unde tu illum deiecisti... eo illum restituas. Cic., *pro Cæcina* 31.

[2] Paul, V, 6, 5.–§ 6, I., *de interdictis* 4, 15. – Fr. 1, § 3. 4. 6. 7. 8, D., *h. t.*— Ulpien, Fr. 1, § 6, D., *cité*, semble dire qu'on n'a pas besoin d'un interdit *recuperandæ possessionis* pour les choses mobilières, parce qu'à l'égard de ces choses on peut se servir de l'*actio furti*, de l'*actio vi bonorum raptorum*, ou de l'*actio ad exhibendum* (il aurait pu ajouter l'interdit *Utrubi* et la *condictio ob iniustam causam*). Nous verrons ci-après, quand nous traiterons de ces actions, que l'argument d'Ulpien n'est pas tout à fait juridiquement exact, puisque les actions qu'il vante exigent toutes des conditions qui ne se trouvent pas toujours nécessairement dans la *possessio ad interdicta*. Mais de fait il ne se présentera pas facilement des cas dans lesquels la dépossession violente d'une chose mobilière ne donne lieu à l'une ou l'autre des actions énumérées. *Voy.* ci-dessus, § 86, note 15 et § 87, note 6 *in f.* — Bien que l'interdit ne s'applique directement qu'aux immeubles, il sert cependant à obtenir également la restitution des meubles qui se trouvaient sur le fonds au moment de la *deiectio*. Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Quæque ille tunc habuit. » – Fr. 1, § 32. 33. 34. 40. Fr. 14, D., *h. t.*

[3] Dans l'ancien droit, on paraît avoir été moins exigeant. *Voy.* Cic., *pro Cæcina*, 31-32, où l'orateur soutient que l'interdit *de vi* armata n'exigeait pas la possession dans le sens rigoureux du mot, tout en cherchant à prouver que son client Cæcina a possédé. Cf. ci-après, § 138, notes 2. 3. — Quoi qu'il en soit, il est certain que, dans le droit nouveau, l'interdit ne compète pas au simple détenteur et que la possession proprement dite est nécessaire (Gaius, IV, 154 sq. – Fr. 1, § 1. 23. 26. 30. Fr. 12. 18, pr. D., *h. t.* – Fr. 1, § 9. 10, D., *h. t.*, où, pour l'interprétation du mot *naturalis*, il faut recourir à ce que nous avons dit ci-dessus, § 83, notes 3 sqq.). Mais aussi la possession suffit, il n'importe qu'elle soit *iusta* ou *iniusta*. Fr. 12. 18, pr. D., *h. t.*, et ci-après, notes 17. 18.—La L. un. C., *si per vim* 8, 5 n'a pas dérogé à ces règles. Elle autorise simplement les amis, affranchis et esclaves d'un absent, à intenter l'interdit pour lui.

[4] C'est-à-dire, qui a perdu la possession par suite d'une expulsion, *deiectio*, qu'il a subie soit en personne, soit dans la personne de son représentant (§§ 86 sq.); sans cela, en effet, il ne pourrait demander que la possession lui soit restituée. Paul, V, 6, 4. – Fr. 1, § 1, 9-23. 29. 36. 45. 46. 47. Fr. 3, § 8-12. Fr. 5. Fr. 20, D., *h. t.* — Au Fr. 1, § 45, D., *cité*, il est dit : « Non alii autem quam ei qui possidet, interdictum *Unde vi* competere. » Cette proposition n'a, en général, rien de choquant, car on pourrait traduire *qui possidet* par *possesseur* et invoquer dès lors le passage à l'appui de la proposition justifiée dans la note précédente ; mais l'ensemble du passage nous force cependant à changer le texte et à lire avec plusieurs bons manuscrits et éditions : « qui non possidet ». De Savigny, § 11, p. 178 (p. 151 de la traduction de M. Staedtler).

[5] Violence ou crainte, subies par lui ou par ceux qui détiennent pour lui. Paul, V, 6, 4. — Fr. 1, § 3. 5. 24. 25. 29. 45. 47. Fr. 3, § 5. 8, D., *h. t.* Cf. Fr. 2. 3, § 1, D., *quod metus causa* 4, 2. Le Fr. 11, D., *h. t.*, appartient à un autre ordre d'idées et devrait se trouver au titre *Uti possidetis*. *Voy.* ci-dessus, § 89, note 1. — Faisons observer que celui qui reprend sa possession *in ipso congressu, vim vi repellens*, est censé ne l'avoir pas perdue et ne peut par conséquent être considéré comme ayant *expulsé* l'adversaire. *Voy.* ci-dessus, § 86, note 17 et Fr. 1, § 27. 28. in f. Fr. 3, § 9. Fr. 17, D., *h. t.* Cf. Quintilien, *de inst. orat.* VII, 4, 6.

l'auteur ou les auteurs de l'expulsion [6], et non-seulement contre celui ou ceux qui ont exercé les voies de fait, mais contre tous ceux qui y ont contribué, en provoquant l'expulsion par mandat, abus d'autorité ou de toute autre manière, ou en la ratifiant [7], comme aussi contre le maître des esclaves coupables [8]. Les héritiers n'en sont point tenus, mais s'ils ont profité de la violence, ils peuvent être poursuivis par une *in factum actio* jusqu'à concurrence du profit qu'ils en ont tiré, *in id quod ad eos pervenit* [9]. — Le but de l'interdit est d'obtenir la réparation de la lésion, ce qui comprend d'abord la restitution de l'immeuble [10] et de tout ce qui s'y trouvait au moment de la violence commise, avec les fruits à partir du même moment [11]; ensuite indemnité du préjudice qui a pu être causé au demandeur, même en dehors de la privation qu'il a subie [12]. A défaut de restitution, le demandeur a droit à des dommages et intérêts représentant la valeur de la perte qu'il a subie et de l'avantage dont il a été privé [13]. Il est admis à affirmer sous serment l'existence et le montant du préjudice dont il

[6] Il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'expulsion se trouve encore avoir la possession du fonds, ni même qu'il l'ait jamais eue; il suffit qu'il ait commis la *deiectio*: car l'action a pour fondement l'obligation résultant du fait de cette déjection et subsiste aussi longtemps que cette obligation. D'autre part, l'interdit n'est pas donné contre celui qui se trouve en possession sans avoir coopéré à la déjection, sa possession fût-elle vicieuse. A) Fr. 1, § 9, 42; Fr. 15. 16, D., *h. t.* — Fr. 4, § 22. Fr. 33, § 2, D., *de usurpat.*, 41, 3. — B) Fr. 7, D., *h. t.* — Fr. 3, § 10, D., *de adquir. poss.* 41, 2.

[7] Cic., *pro Cæcina* 19. 20; *pro Tullio*, 29. 44. — Fr. 1, pr. § 11-20. Fr. 3, § 10-12. Fr. 4. 16. D., *h. t.*

[8] Cic., *ll. ll.* — Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Prætor ait : Unde tu illum vi deiecisti, AUT FAMILIA TUA DEIECIT *rel.* — Fr. 1, § 11-21. Fr. 3, § 11, D., *h. t.* Cependant si l'acte coupable a eu lieu à l'insu du maître, celui-ci peut éviter la poursuite, en faisant l'abandon noxal des esclaves coupables; dans tous les cas, il ne serait tenu que *in id quod ad eum pervenit.* Fr. 1, § 15. 19., *h. t.* C'est avec la même restriction que l'interdit est donné contre le père de famille du coupable et contre les personnes civiles du chef des actes de leurs esclaves ou serviteurs. Fr. 4. 16, D., *h. t.*

[9] Fr. 35, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 1, § 48. Fr. 2. 3, pr. 9, pr. D., *h. t.* — L. 2, C., *eodem.* — Cf. ci-après, note 16, et ci-dessus, § 89, note 24.

[10] Au premier abord, il semble que l'interdit *unde vi* tende au même but pratique que la revendication, et que, par conséquent, il doive y avoir concours *électif* entre ces deux actions. Mais il suffit de lire ci-dessus la note 6, et ce que nous dirons ci-après sur l'effet de la revendication (§ 119, note 9) pour découvrir la différence essentielle qui la sépare, sous ce rapport, de notre interdit. Aussi les Romains admettent-ils le concours cumulatif des deux actions. Fr. 18, D., *de vi*, 43, 16. « Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto UNDE VI potuit experiri, pendente iudicio nihilominus interdicto recte agere, placuit. » Il va sans dire, au reste, que le jugement rendu dans l'interdit possessoire ne fait point chose jugée à l'égard de la revendication. *Voy.* ci-dessus, § 88, note 17.

[11] Fr. 1, § 33-42. Fr. 6. 14. 15. 19, D., *eodem.* — L. 4, C., *unde vi* 8, 4. — Pour les fruits, l'interdit *de vi* fait exception à la règle énoncée au Fr. 3, D., *de interdictis*, d'après laquelle ils ne sont généralement dus qu'à partir de la *litis contestatio.* Fr. 1, § 40, D., *de vi* 43, 16. « Ex die ex quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur : quamvis in ceteris interdictis, ex quo edita sunt, non retro computantur. Idem est et in rebus mobilibus, quæ ibi erant : nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi deiectus est. » Cf. ci-dessus, § 71, note 1; § 89, note 37.

[12] Fr. 1, § 41. Fr. 6. 10. 19, D., *h. t.*

[13] Fr. 6, D., *h. t.* « In hoc interdicto Unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit

demande la réparation [14]. — L'action se prescrit par le laps d'une année utile [15]; cependant, après l'expiration de ce délai, elle est encore donnée jusqu'à concurrence de ce dont le défendeur se trouve enrichi [16]. Outre la prescription, le défendeur pouvait anciennement opposer l'exception de la possession vicieuse de son adversaire, en soutenant que celui-ci avait possédé à son égard *vi, clam aut precario.* Cette exception cessait quand l'expulsion s'était faite à main armée [17]. Dans le droit nouveau, elle est entièrement abolie [18]. — Au reste, l'interdit *de vi* lui-même a perdu beaucoup de son importance par suite d'une constitution de Valentinien III, d'après laquelle celui qui s'empare de vive force d'une chose mobilière ou immobilière est toujours obligé de la restituer, et perd, en outre, son droit de propriété si la chose lui appartenait, ou bien doit en payer la valeur estimative si elle ne lui appartenait pas [19].

II. L'interdit *de clandestina possessione.* D'après un passage du Digeste, il paraît qu'un interdit de ce nom était anciennement accordé dans le cas où quelqu'un nous avait privé clandestinement de la possession d'un immeuble [20]. Depuis qu'il eut été admis qu'on ne peut plus perdre la possession des immeubles d'une manière clandestine, l'interdit est devenu inutile et s'est trouvé naturellement remplacé par l'interdit *de vi.* Aussi n'est-il plus mentionné dans nos sources [21].

POSSIDERE... quod alias MINUS esse, aiias PLUS... » Fr. 1, § 33. 40-42. Fr. 9, § 1. Fr. 10. 13. 19, D., *eodem.* – Cf. Fr. 21, § 2, D., *quod metus causa* 4, 2. – Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis* 43, 17.–Fr. 8, § 4. 5, D., *de precario* 43, 26.–L. 4, C., *h. t.*, et ci-après, t. II, § 175, notes 7 sqq.

[14] On appelle communément ce serment *iusiurandum Zenonianum**, d'après l'empereur Zénon, auteur de la L. 9, C., *h. t. Voy.* ci-après, t. II, § 176, note 8.

[15] *Vaticana fragm.* 312. – Fr. 1, pr. § 39, D., *h. t.* – L. 2. C., *eodem.* — Dans l'ancien droit l'interdit *de vi armata* était imprescriptible. Cic., *ad famil.*, XV, 16. « ... In hoc interdicto non solet addi : IN HOC ANNO. »

[16] Fr. 1, pr. D., *h. t.* « ... POST ANNUM DE EO QUOD AD EUM, QUI VI DEIECIT, PERVENERIT, IUDICIUM DABO ». – Fr. 3, § 1, D., *eodem.* – Fr. 4, D., *de interdictis* 43, 1. – Fr. 7, § 5, D., *communi dividundo* 10, 3. Cf. ci-dessus, note 9. — *Voy.* aussi L. un. C., *si per vim* 8, 5.

[17] A) LEX (THORIA) AGRARIA, c. 7, lin. 18. – Cic., *pro Cæcina,* 32; *pro Tullio,* 44; *ad familiares,* VII, 13. – GAIUS, IV, 154. – PAUL, V, 6, 7. – B) Cic., *pro Cæcina,* 8. 22. 32. – GAIUS, IV, 155. — Des réminiscences de l'ancien droit se trouvent aux Fr. 14. 18, pr. D., *h. t.*

[18] § 6, I., *de interdictis* 4, 15. « Is qui deiecit, cogitur restituere possessionem, licet is ab eo qui vi deiecit, vi vel clam vel precario possidebat. »

[19] (L. 3, Th, C., *h. t.* 4, 22) L. 7, I. C., *h. t.* Cette loi, bien que placée aux titres *Unde vi,* s'occupe plutôt des peines de la violence que de l'interdit *de vi;* aussi n'a-t-elle point eu pour but d'étendre cet interdit aux choses mobilières, moins encore de l'abolir (deux effets qui seraient inconciliables avec les nombreuses dispositions contraires qui se trouvent maintenues dans la compilation de Justinien), mais de fait elle a ôté à l'interdit presque toute importance pratique. Cf. § 6, I., *de interdictis* 4, 15.

[20] ULPIEN, Fr. 7, § 5 in f. D., *communi dividundo* 10, 3. « Iulianus scribit... » Cf. Cic., *in Rullum,* III, 3. « Hæc tribunus plebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem possidet, id eo iure teneret, quo qui optimo iure privatum. Etiamve si VI EIECIT? etiamve si CLAM, SI PRECARIO VENIT IN POSSESSIONEM? Ergo hac lege ius civile, CAUSÆ POSSESSIONUM, PRÆTORUM INTERDICTA tollentur ? »

[21] *Voy.* ci-dessus, § 87, note 21. Cf. cependant ci-après, note 38.

III. L'interdit *de precario* †. Nous avons vu ci-dessus que les Romains donnaient le nom de *precarium* [22] à la concession de l'usage d'une chose (ou d'un droit [23]) que le possesseur octroyait à une autre personne gratuitement et par faveur, sous la réserve de révoquer l'avantage concédé quand il le jugerait convenable. Cet octroi avait pour effet d'attribuer, sauf convention contraire, la possession de la chose à celui qui avait obtenu le précaire; mais étant de pure faveur, il ne créait entre les parties aucun lien civilement obligatoire [24]. Aussi, quand la restitution de la chose n'avait pas lieu sur la demande du concédant, celui-ci n'avait aucune action pour contraindre le concessionnaire [25], mais le préteur lui accordait un interdit *de precario* [26] à l'effet de recouvrer la possession dont il se trouvait dépouillé par un véritable abus de confiance [27]. Dans la suite, la jurisprudence reconnut aux rapports créés par le précaire un effet civilement obligatoire, et les comprit dans la catégorie de contrats qu'on a l'habitude de qualifier de contrats innommés et qui donnent lieu à une *condictio*, appelée *præscriptis verbis in factum actio*; mais l'interdit n'en continua pas moins de subsister [28]. Cependant cette innovation lui fit perdre beaucoup

† Tit. D., *de precario* 43. 26. — Tit. C., *de precario et Salviano interdicto* 8, 9.

[22] De PRECES, prières. Aussi le concessionnaire est-il appelé : *qui preces adhibuit, qui precario rogavit*, et le concédant *rogatus*. Fr. 1, pr. Fr. 2, § 3. Fr. 8, pr. D., *h. t.*

[23] Particulièrement d'un droit de servitude. Fr. 2, § 3. Fr. 3. 15, § 2, D., *h. t.* — Fr. 17, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 1, § 11, D., *de itinere* 43, 19, et ci-après, § 214, n° 3.

[24] *Voy.* ci-dessus, § 71, note 1; § 80, notes 3. 5, et ci-après, t. II, § 244, n° 3.

[25] Fr. 14, D., *h. t.* — Fr. 14, § 11, D., *de furtis* 47, 2.

[26] Voici le texte de l'édit, tel qu'il se trouve au Fr. 2, pr. D., *h. t.* « Ait prætor : QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS. »

[27] Cet état de choses présente une situation quelque peu bizarre. D'une part, le *rogans* est passible de l'interdit *recuperandæ possessionis* de la part du *rogatus* qui, en intentant cet interdit, use du moyen le plus énergique créé par la loi pour la protection de la possession. Mais d'autre part, le *rogans*, étant possesseur, est parfaitement en droit d'agir au possessoire contre des tiers qui le lèsent dans sa possession. Fr. 17, D., *h. t.* Il se peut donc qu'au même moment le *precario rogans* et le *precario dans* usent d'un interdit, le dernier d'un interdit récupératoire, le premier, suivant les circonstances, d'un interdit *recuperandæ* ou *retinendæ possessionis*. C'est ce qui fait dire à Pomponius que la chose, donnée « precario, penes utrumque est : penes eum *qui rogasset*, quia possederat corpore; penes *dominum*, quia non decesserit animo possessione. » Fr. 15, § 4, D., *h. t.* — Quelque chose d'analogue, sans être identique, peut se présenter dans le cas où nous nous sommes établi dans un immeuble à l'insu du possesseur. Si, à la suite de cet établissement, nous nous gérons ostensiblement comme possesseur, nous pourrons intenter l'interdit *Uti possidetis* contre des tiers qui nous troublent, et ce avec plein succès, si les tiers ignorent le véritable état de choses; mais il est évident que nous sommes passible du même interdit (et éventuellement de l'interdit *Unde vi*) de la part du possesseur qui voudrait exercer sa possession. C'est probablement par suite de ces complications possibles que Trebatius fut amené à admettre une *possessio plurium in solidum*, au moins pour le cas où l'un posséderait *iuste* et l'autre *iniuste*, hérésie qui est réfutée par PAUL, Fr. 3, § 5, D., *de adq. poss.* 41, 2, d'une manière aussi directe qu'énergique (ci-dessus, § 81, note 2), et par ULPIEN, Fr. 3, pr. D., *uti possidetis* 43, 17, au moyen d'un argument *ad absurdum*, comme nous en trouvons chez LABÉON, Fr. 65, § 4, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1. *Voy.* ci-après, § 101, note 3.

[28] PAUL, V, 6, 10. — Fr. 2, § 2. Fr. 19, § 2, D., *h. t.*

de son importance, et c'est pour cette raison que nous pouvons nous borner ici à quelques indications générales, en réservant à plus tard les détails de l'institution [29]. — L'interdit est donné au concédant et à ses héritiers [30] contre le concessionnaire qui refuse la restitution demandée [31]; il est donné également contre les héritiers, mais seulement *in id quod ad eos pervenit* [31].—Il tend à obtenir la restitution de la possession concédée et la réparation du dommage causé par l'indue rétention à partir de la *litis contestatio* [32], et, à défaut de restitution, des dommages et intérêts conformément aux principes généraux [33]. Les héritiers ne sont tenus que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent enrichis [34]. — La loi n'admet aucune exception contre l'interdit [35] en dehors de la *præscriptio temporalis*, qui exige un laps de trente ans [36].

IV. Enfin quelques constitutions, dont la plus ancienne date de Constantin, font encore mention d'un *interdictum momentariæ possessionis* [37]. Ces lois sont assez vagues pour laisser du doute même sur la question de savoir si le terme désigne réellement une action spéciale. Il paraît cependant que c'était une création récente ayant pour but de faire obtenir, *sine pœna*, la simple restitution de la possession d'une chose quelconque, mo-

[29] *Voy.* ci-après, t. II, § 244, n° 3.

[30] Fr. 2, § 2. Fr. 8, pr. Fr. 12, § 1, D., *h. t.*

[31] Fr. 4, § 2. Fr. 6, § 1, D., *h. t.* – L. 2, C., *eodem* 8, 9.

[32] Cette solution, qui avait été controversée (PAUL, V, 6, 12; Fr. 11, D., *de diversis temporal. præscr.* 44, 3; Fr. 12, § 1, D., *h. t.*), n'est plus douteuse dans le droit nouveau. Fr. 8, § 1. 8, D., *h. t.* – L. 2, C., *eodem.* — Il en résulte que les héritiers sont toujours tenus s'ils se trouvent en possession de la chose.

[33] Fr. 2, pr. § 1. Fr. 8, § 4, D., *h. t.* Avant l'octroi de l'interdit, le *rogans* ne répond que de son dol et de sa faute lourde; après ce moment, il est tenu comme le débiteur en demeure. Fr. 8, § 3-6, D., *eodem.* Cf. ci-après, t. II, § 244, n° 3.

[34] Fr. 8, § 3-6, D., *hoc titulo.*

[35] Fr. 15, § 3, D., *h. t.* – Fr. 12, pr. D., *eodem.* « Cum precario aliquid datur, si convenit, *ut in Kalendas Iulias precario possideat :* num quid exceptione iuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. » — Pour prévenir un malentendu, faisons observer que le propriétaire d'une chose qui, par erreur, l'a reçue *precario*, n'est pas passible de l'interdit, *quia precarium suæ rei consistere nequit.* Fr. 4, § 3, D., *h. t.* Cf. Fr. 6, § 4, D., *eodem.* – Fr. 15, D., *depositi* 16, 3. – Fr. 45, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17 et ci-après, t. II, § 198, note 6, B.

[36] Fr. 8, § 7, D., *h. t.* — Le délai de trente ans commence-t-il à courir du moment de la concession ou de la demande en restitution?

[37] L. 8, § 1, Th. C., *de iurisdictione* 2, 1. « Momentariæ etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, ut mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, mereatur, abacti etiam animalis causa proponitur. » — L. 6, Th. C., *de denuntiatione* 2, 4. – (L. 1, Th. C., *unde vi* 4, 22) L. 1, I. C., *si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio* 8, 5. « ... Sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos *momentariæ... possessioni* restituant ». Cf. L. 4, Th. C., *eodem.* – (L. 6, Th., *eodem*) L. 3, I. C., *qui legitimam personam* 3, 6. – L. 1, Th. C., *si de momento fuerit appellatum* 11. 37. et *Interpret. Visigoth. ad h. l.* Cf. SYMMAQUE, *Epist.* X, 48. 53. – L. 5. 8. 11, I. C., *unde vi* 8. 4. *Voy.* aussi les *Basiliques,* VII, 19, 3. L, 3, 60.

bilière ou immobilière, dans des cas où les autres actions possessoires ne seraient pas applicables, soit que le délai de la prescription fût expiré, soit que la dépossession se fût opérée par un acte qui ne pouvait rigoureusement être qualifié de violence, ni motiver l'interdit de *precario* [38].

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 91. *Introduction historique.* I. *Propriété romaine.* Dominium ex jure Quiritium.

Si nous examinons les trois législations qui se partagent aujourd'hui l'Europe, une observation nous frappe tout d'abord, c'est qu'elles font dériver exclusivement de l'État le pouvoir absolu sur une chose que nous désignons par le mot de propriété. L'idée de la propriété individuelle, du moins en ce qui concerne les immeubles, était étrangère aux anciens Germains [1]. Après la conquête, à la vérité, elle commence à prendre place parmi leurs institutions; mais alors même le droit de propriété n'existe que comme émanation de l'Etat ou de la commune, et il n'est reconnu qu'en tant que ces autorités publiques l'accordent et le garantissent. Enfin, de nos jours encore, le transfert d'un immeuble s'opère, en droit germanique, au moyen de l'investiture judiciaire. L'ancien droit slave n'accordait aux individus qu'un droit d'usage sur le sol national : ce n'est qu'à partir du douzième siècle que la notion de la propriété individuelle des immeubles commence à se produire en Pologne, et l'organisation territoriale de

[38] *A*) Pour obtenir des dommages et intérêts *post elapsa spatia interdicti de vi*. L. 1, C., *si per vim* 8, 5, et ci-dessus, notes 15. 16. — *B*) Pour l'enlèvement violent d'une chose mobilière, *abacti animalis*, L. 8, § 1, Th. C., *de iurisdictione* 2, 1, et ci-dessus, note 2; — contre le tiers établi sur notre fonds qu'il croit abandonné ou qui a été abandonné par notre représentant. L. 11, C., *de vi* 8, 4; L. 12, C., *de adquir. poss.* 7, 32, et ci-dessus, § 86, notes 22. 23; § 87, note 4; — contre le tiers à qui notre représentant a fait tradition du fonds qu'il détenait pour nous, ci-dessus, § 87, notes 10. 11. 12; — quand nous avons abandonné notre fonds par suite d'une crainte qui n'autorise ni l'interdit *de vi*, ni l'*actio quod metus causa*. Fr. 9, pr. D., *quod metus causa* 4, 2. Cf. Fr. 1, § 29, D., *unde vi* 43. 16. *Voy.* ci-dessus, note 5; § 87, note 18.

[1] Il est facile de distinguer, dans le développement historique de la propriété immobilière chez les Germains, les trois périodes suivantes : 1° Absence de toute propriété individuelle; le territoire appartient à tous. 2° Par suite des conquêtes et de l'accroissement des richesses mobilières, on admet une propriété individuelle; mais elle dérive de l'État et ne peut être transférée que dans l'assemblée du peuple. 3° Enfin, on n'exige plus pour le transfert de la propriété que l'assentiment

la commune russe rappelle encore aujourd'hui les coutumes des anciens Germains, dont Jules César et Tacite nous ont donné la description [2].

Chez les Romains, le principe d'après lequel toute propriété émane originairement de l'État s'étendait même aux meubles. Le soldat, en effet, ne pouvait dire sien le butin qu'il avait fait (source originaire de toute richesse mobilière à Rome) que lorsque la république avait autorisé le pillage, ou qu'il l'avait acheté à la vente faite par l'État [3]. On était naturellement plus rigoureux encore à l'égard des immeubles. Les terres appartenaient au peuple, aucune occupation ne pouvait à leur égard créer un pouvoir légal : la propriété territoriale était exclusivement octroyée par l'État; et, originairement, elle l'était dans une proportion qui lui ôtait toute importance. Le lot de terre attribué en propre à chaque patricien était de deux arpents, espace à peine suffisant pour la maison et le jardin. Mais en dehors de cette propriété individuelle, le père de famille avait la jouissance du domaine public, dont l'étendue augmentait à chaque nouvelle conquête. Il paraît, à la vérité, que la quotité des terres assignée aux plébéiens était plus considérable — elle comprenait sept arpents [4] — ; mais ce fait même prouve combien on attachait peu d'importance à la propriété privée. Quoi qu'il en soit, les assignations, les transactions entre particuliers, les distributions de terres aux vétérans, les usurpations fréquentes des possesseurs du domaine public, et surtout l'immense accumulation des richesses mobilières, finirent par modifier cet état de choses et par

de la famille et l'intervention de l'autorité judiciaire. Nous ne pouvons entrer ici dans les détails ni fournir toutes les preuves. Toutefois les passages suivants indiquent à grands traits les points que nous venons de signaler. 1° JULES-CÉSAR, *de bello gallico*, IV, 1, en parlant des Suèves : « Sed privati ac separati agri apud eos nihil est... ; » et des Germains en général, VI, 21. 22 : « Germani multum ab hac consuetudine (Gallorum) differunt. Nam neque druides habent... neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios ; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierunt, quantum et quo loco visum est agri adtribuunt, atque anno post alio transire cogunt. Eius rei multas adferunt causas... » TACITE, *Germania*, c. 26. « Agri pro numero cultorum ab universis in vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur... » — 2° *Lex Ripuariorum*, c. 59, § 1. « Si quis alteri aliquid vendiderit, et emtor testamentum (i. e. instrumentum) venditionis accipere voluit, *in mallo* hoc facere debet. » *Mallus* est l'assemblée du peuple. La loi des Ripuaires est du sixième siècle. — 3° Enfin, au treizième siècle, on n'exige que l'intervention de l'autorité judiciaire et l'assentiment de la famille. « Si quelqu'un a vendu ou donné un immeuble ou un serf sans avoir obtenu le consentement des agnats, ceux-ci peuvent reprendre la chose aliénée sans être obligés de rembourser le prix d'achat. Même avec ce consentement et l'intervention de justice, on ne peut point aliéner tous ses immeubles : on doit garder un demi-arpent de terre, ou au moins un emplacement assez grand pour former une cour dans laquelle peut tourner une voiture. » *Miroir des Saxons*, I, 52, 54. — Pour le droit nouveau, *voy.* MITTERMAIER, *Lehrbuch des deutschen Privatrechts*, § 200. — RUNDE, *Grundsätze des deutschen Privatrechts*, § 259. — ZACHARIÆ, *Geist der deutschen Territorialverfassung*, page 226.

[2] LELEWEL, *Histoire de Pologne*, t. II, §§ 7. 9. Paris, 1844. — N. OGAREFF, *Essai sur la situation russe*, p. 12 sqq. Londres. 1862.

[3] *Voy.* ci-après, § 97, III, et § 98, n° 6.

[4] *Voy.* ci-dessus, nos 14. 26. 87.

donner une influence très-grande à la propriété individuelle [5]. Cependant on maintint jusque sous l'empire le principe que la propriété des choses qui, originairement, avaient constitué la principale richesse du citoyen [6], ne pouvait être transmise [7] que sous la garantie de la nation même, ou de l'autorité constituée : savoir, par *mancipatio*, acte solennel fait devant cinq témoins, représentant les cinq classes du peuple, ou par *in iure cessio*, acte fait devant le préteur. Toute autre aliénation ne transférait point à l'acquéreur la chose d'après le droit et sous la garantie des Quirites; cependant il donnait à son pouvoir le caractère légal de la propriété, s'il l'avait exercé au vu de la nation entière pendant un certain temps, *usucapio* [8]. Car la tolérance de tous les citoyens à l'égard d'une possession publiquement exercée équivaut au consentement de la nation et supplée la sanction expresse [9]. Les choses dont la propriété ne pouvait être transférée que de la manière décrite étaient appelées *res mancipi;* les autres, de moindre importance, pour l'aliénation desquelles la tradition, c'est-à-dire la simple remise d'homme à homme, était suffisante, s'appelaient *res nec mancipi* [10].

On a beaucoup discuté sur le fondement de cette division qui remonte à la plus haute antiquité [11]. Les anciens mentionnent comme étant *res mancipi :* les fonds italiques, tant les champs que les maisons, avec les servitudes rurales y attachées, les esclaves, les bœufs, les chevaux, les mulets et les ânes [12], toutes choses qui évidemment constituaient, dans les premiers temps de Rome, la principale richesse du citoyen [13], ou tout

[5] *Voy.* ci-dessus, n°s 41. 73. 82. 87. 88.

[6] RES PRETIOSIORES, dit GAIUS, I, 192. Cf. CIC., *de republica,* II, 9. « Quod tum erat RES (i. e. patrimonium) in PECORE et LOCORUM POSSESSIONIBUS ».

[7] Nous ne parlons ici que de la transmission de particulier à particulier; car dans les ventes faites par la république, la garantie de l'État est de droit.

[8] CIC., *topica,* 5 in f. et BOËTHIUS *ad h. l.* – GAIUS, II, 18. 22. 41. – ULPIEN, I, 16. XIX, 3. 7-9. – *Voy.* § 35, notes 2. 27, et ci-après, § 92 c. 1; § 97, I. II; § 105, note 7; § 110.

[9] L'usucapion est à la mancipation ce que le droit coutumier est à la loi votée dans les comices, *voluntate omnium sine lege comprobatum.* GAIUS, II, 41 (III, 80). – ULPIEN, I, 16. *Voy.* ci-après, § 110, note 2.

[10] ULPIEN, XIX, 7. « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi : harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditæ sunt nobis ». – GAIUS, II, 18. 20.

[11] Au moins à la loi des Douze Tables. GAIUS, II, 47, et ci-après, § 97, I. II.

[12] ULPIEN, XIX, 1. « Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt prædia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura prædiorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquæductus (GAIUS, II, 17. 29); item servi et quadrupedes quæ dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec mancipi sunt : elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. »— *Voy.* aussi LEX (THORIA) AGRARIA, c. 10, lin. 26 . « ... BOVES, EQU[OS]... » – CIC., *pro Flacco* 32. – PLINE, *H. N.,* VII, 26. 45. VIII, 2. 6. 7. 21. 25. X, 62. XXXIV, 10. – COLUMELLA, *de re rustica,* III, 8. 3. – GAIUS, I, 120. II. 15. 16. 17. – *Vaticana fragm.* 259. – ISIDORE, *Origines,* IX, 4.

[13] C'est aussi probablement par une réminiscence des anciens temps que GAIUS, I, 192, appelle

au moins les objets du patrimoine qui ont une individualité prononcée de manière à pouvoir être reconnus et revendiqués partout où ils se trouvent [14]. Il est dès lors probable que dans l'origine la protection absolue qui caractérise la propriété romaine n'était accordée qu'aux *res mancipi*, comme le semble d'ailleurs indiquer le nom par lequel on les désigne [15]. Cet avantage cependant fut bientôt étendu à toutes choses qui peuvent se trouver dans un patrimoine [16], et il ne resta dès lors aux *res mancipi* d'autre particularité que celle de ne pouvoir être acquises en propre que par un des anciens modes impliquant la garantie formelle des Quirites.

Après cette digression, revenons à notre matière. La propriété garantie par la république, *dominium ex jure Quiritium*, jouissait, en vertu de cette garantie même, d'une protection absolue. A l'effet de maintenir son droit, le propriétaire avait une action qui suivait la chose partout, une *in rem actio,* appelée *rei vindicatio*. Or, pour que l'on pût appeler une chose sienne *ex jure Quiritium,* il fallait la réunion des trois conditions suivantes : capacité personnelle de l'individu, capacité de la chose, mode d'acquisition conforme au droit civil des Romains. Quand l'une de ces conditions manquait, le droit que l'on pouvait avoir n'était pas *ex iure Quiritium* [17]. La chose pouvait faire partie de nos biens, être *in bonis* [18] : ce pouvoir, s'il était conforme aux idées de droit reçues chez toutes les

ces choses *res pretiosiores,* qualification qui certes n'était plus exacte au deuxième siècle de l'ère chrétienne. — Ce que nous venons de dire dans le texte ne contredit point l'hypothèse d'après laquelle *res mancipi* seraient les choses qui devaient être déclarées au cens, pas plus que celle qui donne comme signe caractéristique de ces choses le rapport dans lequel elles se trouvent avec l'agriculture, industrie principale des anciens Romains. Ces deux hypothèses sont vraies, mais incomplètes. Il est particulièrement incontestable que la plupart des *res mancipi* ont un rapport direct avec l'agriculture. On remarquera, à cet égard, d'abord la circonstance que les servitudes rurales sont comptées parmi les *res mancipi,* ensuite la controverse dont parle GAIUS, II, 15. « ... (Equus, bos...) statim, ut nata sunt, mancipi esse putant : Nerva vero, Proculus et ceteri diversæ scholæ auctores non aliter mancipi esse putant, quam si domita sunt... » Cf. ISIDORE, *Origines,* IX, 4, 45.

[14] PLINE, *H. N.*, X, 83, distingue les *equæ domitæ* des *equæ gregales*. Cf. la fin de la note précédente.

[15] *Res mancipi* i. e. *mancipii,* choses de propriété. *Voy.* ci-après, § 93, vers la fin, et CIC., *pro Flacco* 32. « ... Sintne ista prædia censui censenda, habeant ius civile, sint necne sint mancipi... »

[16] C'est-à-dire que toutes choses quelconques, *mancipi* comme *nec mancipi,* à l'exception des *res extra commercium* et des fonds provinciaux (ci-après, § 92, B et § 110, B), sont susceptibles de la propriété romaine et de la protection que le droit des Quirites accorde à cette propriété. Cet état de choses existait déjà à une époque fort reculée ; il ne nous reste même aucun document qui prouve qu'il en ait jamais été autrement. *Voy.* GAIUS, II, 43, 196. — ULPIEN, XIX, 8. XXIV, 7. — Faisons observer, au reste, que ceci n'ôte rien à la probabilité de l'hypothèse énoncée dans la note précédente.

[17] GAIUS, II, 40. « Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur : aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. »

[18] GAIUS, II, 40. « ... Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. » — LE MÊME, I, 54. « Ceterum, cum apud cives Romanos duplex sit dominium : nam vel in bonis, vel ex iure Quiritium, vel ex utroque iure cuiusquam servus esse intelligatur... ».

nations, était toléré par les Quirites, mais il n'était pas garanti de la manière que nous venons de signaler. Il est probable que dès le jour où l'on reconnut une certaine valeur aux institutions du *ius gentium*, un pouvoir de ce genre trouva aussi une défense, au moins relative, contre les agressions illégales qui avaient le caractère d'un délit ou étaient de nature à donner lieu à une action possessoire. Mais cette protection était d'une utilité fort restreinte, puisqu'elle ne pouvait servir que contre la personne même qui nous avait dépouillé [19], tandis que la revendication nous compétait contre quiconque se trouvait en possession de la chose, par cela seul que la chose était nôtre *ex iure Quiritium*, et alors même que la possession du débiteur aurait pris naissance de la manière la plus légale [20]. — Cependant, à mesure que les idées primitives s'effacèrent, d'une part, les institutions libres du *ius gentium* obtinrent une protection de plus en plus efficace, d'autre part, les créations du *ius civile* perdirent de leur rigueur et s'élargirent successivement, de sorte que, par suite de ce rapprochement mutuel, nous trouvons, à la fin, une si grande analogie entre la propriété du *ius gentium* et le *dominium ex iure Quiritium*, que Justinien se crut obligé de sanctionner légalement une fusion qui s'était déjà presque opérée de fait.

Pour bien saisir la marche de ce développement successif, nous allons rapidement passer en revue les différents cas dans lesquels la propriété n'était pas *ex iure Quiritium*, et montrer de quelle manière on est parvenu à les assimiler à la propriété romaine.

§ 92. II. *Propriété du ius gentium.* Dominium bonitarium *.

Les causes qui empêchent que, dans un cas donné, la soumission d'une chose au pouvoir de l'homme n'ait le caractère de propriété romaine sont au nombre de trois. Elles proviennent soit de l'incapacité du propriétaire, soit de l'incapacité de la chose, soit enfin du mode d'acquisition.

A) Incapacité du propriétaire. Les *peregrini*, n'ayant pas le *commercium*, étaient incapables d'avoir une chose *ex iure Quiritium* [1]. Nous n'avons pas de données exactes sur la manière dont on envisageait leur propriété; mais tout porte à croire que le préteur finit par leur accorder une *in rem actio*, en les traitant, au moyen d'une fiction, comme s'ils étaient citoyens [2]. Quoi qu'il en soit, il est certain que cette cause d'inca-

[19] *Voy.* ci-dessus, nos 75. 125. 128 et §§ 88 et suivants.

[20] L'*intentio*, en effet, ne portait pas même le nom du défendeur : le *iudex* n'avait qu'à examiner SI PARET, HANC REM EX IURE QUIRITIUM A. AGERII ESSE. En cas d'affirmative, il devait condamner le défendeur qui se trouvait en possession de la chose, quand même il n'aurait jamais personnellement lésé le demandeur. *Voy.* ci-dessus, § 50, note 5; § 79; § 89, note 23, et ci-après, § 118, c.

[1] *Voy.* ci-dessus, no 75.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 52, notes 3. 4 et no 128. — Cf. GAIUS, IV, 37. « Item civitas romana

pacité perdit beaucoup de son importance après l'ordonnance de Caracalla, qui accorda le droit de cité à tous les habitants de l'empire, et qu'elle disparut entièrement par suite des constitutions de Justinien relatives au même sujet [3].

B) Incapacité de l'objet. Les immeubles, dans les provinces, ne pouvaient être propriété privée *ex jure Quiritium*. Les Romains ne voulaient pas même admettre de propriété naturelle à leur égard, ils n'accordaient aux détenteurs qu'un droit de possession et d'usage; car, disaient-ils, la propriété en appartient au peuple romain [4]. En vertu de ce principe, ils imposaient aux fonds provinciaux une rente annuelle, *vectigal*, qui prit à la longue le caractère d'une contribution publique [5]. C'est particulièrement par cet impôt foncier que les fonds provinciaux différaient des fonds italiques. Aussi, quand le sol de l'Italie eut été privé de l'immunité d'impôt, le droit de possession sur les immeubles dans les provinces se trouvait de fait assimilé à la propriété romaine, du moins quant aux effets [6]. Il restait, à la vérité, une différence notable quant à l'acquisition; car les modes d'acquérir du *ius civile*, particulièrement la *mancipatio*, la *in iure cessio*, et l'*usucapio* ne s'appliquaient point aux fonds provinciaux. Mais les deux premiers modes finirent, comme nous le verrons ci-après, par tomber complétement en désuétude; et du temps de l'empire, nous trouvons dans les provinces, sous le nom de *longi temporis possessio* ou *præscriptio*, une institution qui se développe d'une manière si analogue à l'usucapion, qu'elle n'en diffère guère à la fin que par le laps de temps requis pour l'acquisition [7]. Aussi n'hésite-t-on plus, du temps de Dioclétien, à donner le nom de *dominium*, ou de *proprietas*, à la possession légale des fonds provinciaux [8]. L'assimilation de cette propriété *iuris*

peregrino fingitur... » — D'après Cic., *ad Atticum*, VI, 1, 12, les édits des préteurs et des proconsuls dans les provinces contenaient des dispositions à cet égard. — Aussi Gaius, II, 40, parle-t-il de *dominium apud peregrinos*.

[3] *Voy.* ci-dessus, nº 212.

[4] Gaius dit : *au peuple et à l'empereur*, II, 7. « In provinciali solo... dominium populi romani est vel Cæsaris : nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur... » — Cf. Théophile *ad Inst.*, II, 1, 40, et ci-dessus, nºs 72. 107. 168. 169.

[5] *Voy.* ci-dessus, nº 107. C'est pourquoi on appelait ces immeubles *stipendiaria* ou *tributaria*. Cf. ci-dessus, nºs 72. 79 in f. 107. 160, et *Gromatici*, 5, 1; 62 sq. (38. 76 Goës.). — *Vaticana fragm.* 61. 259. 283. 289. — § 40, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Souvent aussi on distingue entre ces deux termes, en donnant le nom de *stipendiaria* aux immeubles dans les provinces du peuple ou du sénat, dont les contributions tombent dans l'*ærarium;* et celui de *tributaria*, à ceux dont les contributions sont versées dans la caisse de l'empereur. *Voy.* ci-dessus, nº 169.

[6] *Gromatici*, p. 63, 7 (76 Goës.). « Vindicant tamen inter se non minus ex æquo ac si privatorum agrorum. »

[7] L. 1, C., *de nudo iure Quiritium tollendo* 7, 25. — L. 1, C., *de usucapione transformanda* 7, 31. — *Voy.* ci-après, §§ 111. 112.

[8] *Vaticana fragm.* 283. « Si stipendariorum proprietatem dono dedisti. » 315. « Dominium rei tributariæ ». 316. « Tributarii prædii dominus ».

gentium avec la propriété romaine était, d'ailleurs, devenue d'autant plus facile, que le nombre des fonds italiques était considérablement diminué, et que par conséquent les dispositions légales qui s'y rapportaient exclusivement avaient perdu beaucoup de leur importance.

C) Défaut résultant du mode d'acquisition. Ici se présentent particulièrement deux cas :

1° Lorsque quelqu'un avait acquis une *res mancipi* sans observation des formes prescrites, par exemple, par simple tradition, la chose lui appartenait sans aucun doute; elle faisait partie de ses biens, *in bonis* [9]. Par là il avait tout ce qui constitue la matière de la propriété [10]; bien plus, sa propriété naturelle pouvait être changée en propriété romaine au moyen de l'usucapion [11] : mais tant que ce changement n'avait pas été opéré, l'ancien possesseur conservait le *ius Quiritium,* par la raison qu'il ne s'en était pas dessaisi. En vertu de ce droit, qu'on appelait dans ce cas *nudum ius Quiritium* [12], il continuait de jouir des actions attachées à la propriété romaine : particulièrement, il pouvait intenter la revendication et poursuivre la chose partout où il la trouvait. Il est vrai que l'acquéreur avait le droit de le repousser au moyen de l'*exceptio doli;* mais comme cette exception est purement personnelle, elle ne pouvait point être opposée à ceux auxquels l'ancien propriétaire aurait cédé ou mancipé son *ius Quiritium.* Pour obvier à cet inconvénient, le préteur créa une exception analogue, mais d'une application plus étendue, au moyen de laquelle l'acquéreur ou ses ayants cause repoussaient non-seulement celui qui leur avait vendu et remis la chose, mais encore tous ceux qui tenaient leur

[9] Gaius, II, 40 (*voy.* ci-dessus, § 91, note 18.) Cf. Fr. 52, D., *de adquirendo rerum dominio.* 41, 1.— Fr. 190, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[10] *Voy.*, en général, Gaius, II, 41, et Ulpien, I, 16. 23. Nous ne pouvons entrer dans les détails que quand nous traiterons des cas particuliers. Cependant, pour prouver que celui qui avait une chose *in bonis* jouissait matériellement des avantages réels de la propriété, il suffit de faire observer que l'on acquérait par l'esclave, dont on n'avait que la propriété bonitaire. Gaius, I, 54. 167. II, 88. III, 166. – Ulpien, XIX, 20. *Voy.* ci-après, t. III, § 334. — Les restrictions auxquelles les pouvoirs du bonitaire se trouvaient soumis du temps des jurisconsultes classiques se réduisent aux trois points suivants : 1° il ne peut constituer des servitudes *iure civili,* mais seulement *tuitione prætoris;* 2° par l'affranchissement, il donne à l'esclave, non pas le droit de cité, mais seulement la qualité de *Latinus Iunianus;* 3° il ne peut léguer *per vindicationem. Voy.* Gaius, I, 167. II, 196. 222. – Ulpien, I, 16. XI, 19, et ci-après, § 139; t. III, §§ 336. 414.

[11] *Voy.* ci-après, § 105, note 7 et § 110.

[12] Gaius, I, 54. III, 166. Par contre, on appelait *ex utroque iure dominus, pleno iure dominus* celui qui réunissait la propriété naturelle et celle *ex iure Quiritium.* Gaius, I. 54. III, 80. — Théophile, I, 5, 4. — Il pouvait se faire que quelqu'un eût le *nudum ius Quiritium* d'une chose, sans qu'aucun autre l'eût *in bonis,* par exemple, le maître d'un esclave affranchi sans les formalités requises par le *ius civile* (Gaius, III, 56. – Ulpien, III, 4, et ci-après, t. III, § 336); comme, d'un autre côté, une chose pouvait être simplement *in bonis nostris,* sans qu'aucun autre en eût le *ius Quiritium,* par exemple, dans le cas d'une *adiudicatio* faite en suite d'un *iudicium imperio continens. Voy.* ci-après, § 109, note 6.

droit de lui, *exceptio rei venditæ et traditæ* [13]. — Ainsi le propriétaire naturel était protégé contre toute action; mais cette protection ne lui suffisait pas quand il avait perdu la possession de la chose avant d'avoir accompli l'usucapion. Pour combler cette lacune, le préteur Publicius inventa une formule par laquelle il considérait l'acquéreur comme ayant déjà accompli l'usucapion [14]. Par suite de cette action fictive, appelée *Publiciana in rem actio*, et qui produisait les mêmes effets que la revendication [15], l'acquéreur avait donc les mêmes avantages que s'il avait eu la propriété romaine, et le *nudum ius Quiritium* n'était plus qu'un simulacre de droit [16].

2° Il nous reste à parler d'un cas qu'on pourrait désigner par le nom de propriété prétorienne [17]. Les préteurs créèrent divers modes d'acquérir qui donnaient à la personne qui en usait un pouvoir réel analogue à la propriété. Tels étaient l'envoi en possession d'un bâtiment voisin menaçant ruine, l'adjudication de l'esclave d'autrui qui nous a causé un dommage, la vente des biens d'un débiteur insolvable par suite de l'envoi en possession accordé aux créanciers, enfin l'envoi en possession des biens d'un défunt à titre d'héritier ou de fidéicommissaire [18]. Ces envois en possession, n'étant pas des modes d'acquérir du droit civil, ne donnaient pas la propriété *ex iure Quiritium;* mais comme la personne qui avait obtenu les biens pouvait changer sa possession en propriété romaine au moyen de l'usucapion, et qu'en attendant, elle trouvait toujours protection auprès du préteur [19], il est évident que son droit équivalait de fait à la vraie propriété. Aussi s'habitua-t-on à y appliquer également les termes *in bonis* et *dominium* [20].

[13] Cette exception, créée d'abord pour le cas de tradition faite en vertu d'une vente, fut par la suite généralisée et même appliquée aux traditions faites à titre gratuit, bien qu'on lui conservât son nom originaire. *Voy.* ci-après, §§ 107. 120.

[14] *Voy.* la justification de cette fiction, ci-dessus, n° 125. La formule se trouve chez Gaius, IV, 36, ci-après, note 21.

[15] *Voy.* ci-après, § 122.

[16] Une conséquence du *nudum ius Quiritium* est encore mentionnée par Ulpien, XI, 19 (Cf. Gaius, I, 167), qui dit que, d'après la loi *Iunia Norbana*, la tutelle du *latinus Iunianus* appartient à celui qui en avait le *ius Quiritium* avant l'affranchissement.

[17] Quelques auteurs donnent le nom de *propriété prétorienne* à toute propriété *non civile*.

[18] *Voy.*, en général, ci-dessus, § 70, notes 43. 50, et pour les détails *A.*) Missio in possessionem ex secundo decreto *damni infecti causa*. *Voy.* ci-après, t. II, § 283, I. — *B.*) *Servus ex noxali causa* iussu prætoris ductus. *Voy.* ci-après, t. II, § 282. — *C.*) *Emtio bonorum* d'un débiteur insolvable. *Voy.* ci-après, t. II, § 299. — *D.*) *Bonorum possessio* à titre d'héritier. ci-après, t. III, §§ 358. 371. 372.

[19] Ainsi la *Publiciana actio* est accordée à celui qui a obtenu l'adjudication d'un esclave *ex noxali causa*. Fr. 28, in f. D., *de noxal. act.* 9, 4. Cf. Fr. 6, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2, et Fr. 3, § 21, D., *de adq. poss.* 41, 2. — Pour les autres cas, *voy.* les paragraphes cités à la note précédente.

[20] Gaius, III, 80. — Fr. 26, § 6, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. — Fr. 1, D., *de bonorum possess.* 37, 1. — Fr. 15, § 16. 17. 33, D., *de damno infecto* 39, 2.

Observation. Comme nous venons d'indiquer l'origine de la *Publiciana in rem actio*, il ne sera pas hors de propos de faire connaître une autre application qui en a été faite postérieurement. La *Publiciana actio* repose sur la fiction qui consiste à considérer celui qui n'a fait que commencer une usucapion comme s'il l'avait déjà accomplie. Or, l'usucapion était également un moyen d'acquérir pour celui qui avait acquis *ex iusta causa* une chose de quelqu'un qui n'était pas propriétaire. La formule Publicienne, inventée pour le propriétaire bonitaire, pouvait donc aisément être appliquée au possesseur de bonne foi qui était en train d'usucaper, et c'est dans cette application qu'elle nous a été conservée dans la compilation de Justinien [21]. Après cette observation, nous allons résumer dans un tableau les divers cas de propriété ou de rapports analogues avec les actions qui servent à les protéger :

Propriété.	
I. *Ex iure Quiritium*, qui suppose 1° capacité du sujet, 2° capacité de la chose, et 3° mode d'acquérir conforme au droit civil. II. *Iuris gentium. In bonis.* 1° Pour défaut de capacité du sujet. *Peregrini.* 2° Pour défaut de capacité de la chose. *Fundi provinciales.*	Rei vindicatio.
3° Pour défaut de mode d'acquisition conforme au droit civil. *a*) Acquisition d'une *res mancipi* par tradition. *b*) Propriété prétorienne. Possession de bonne foi.	Publiciana in rem actio.

§ 93. *Propriété du droit nouveau. — Terminologie.*

En examinant attentivement les divers cas de propriété en dehors du *ius civile* et les modifications que le développement successif des institutions légales avait apportées au système romain, on s'aperçoit aisément que, du temps de Justinien, l'ancienne distinction avait perdu presque toute importance. En effet, l'incapacité fondée sur la qualité de *peregrinus* s'était effacée depuis Caracalla et avait été entièrement abolie par Justinien; la division en fonds italiques et fonds provinciaux n'existait plus

[21] A comparer la formule donnée par Gaius et le passage de l'édit qui se trouve dans la compilation de Justinien : Gaius, IV, 36. « Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret. » — Fr. 1, pr. D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. « Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. » *Voy.* encore ci-après, § 122.

que de nom, si l'on fait abstraction de l'usucapion; le *nudum ius Quiritium* n'était plus qu'une ombre de droit, et les formalités solennelles qui avaient été en usage pour l'aliénation des *res mancipi* étaient naturellement tombées en désuétude; la propriété prétorienne l'emportait partout sur la propriété purement civile. Cependant les anciens termes existaient encore, et la lettre de la loi n'était pas d'accord avec les faits. Justinien, en s'occupant de la législation, s'aperçut de cette contradiction apparente. Il résolut de la faire cesser, en sanctionnant légalement un état de choses qu'il n'était plus permis de méconnaître. A cet effet, il publia deux constitutions, l'une ayant pour but d'abolir le *nudum ius Quiritium* [1], l'autre par laquelle il mit les fonds provinciaux sur la même ligne que les fonds italiques [2].

Par suite de ces réformes, il n'y a plus dans le droit nouveau qu'une seule espèce de propriété. L'ancienne division en *res mancipi* et *res nec mancipi* a entièrement disparu, la *mancipatio* et la *in iure cessio* sont remplacées par la simple tradition, l'*usucapio* et la *longi temporis præscriptio* sont fondues en une seule institution, applicable à toute chose qui est dans le commerce (§§ 112 sqq.). Quant aux moyens de protection, la *rei vindicatio* est accordée à toute propriété; l'*exceptio rei venditæ et traditæ* ne peut plus être appliquée dans le cas pour lequel elle avait été créée d'abord, mais elle présente encore de l'utilité pratique dans d'autres cas (§§ 106. 120). Il en est de même de la *Publiciana in rem actio,* qui est accordée dans le droit nouveau au possesseur de bonne foi en état d'usucaper (§ 122).

Il nous reste à parler de la terminologie. Dans le principe, les Romains n'avaient pas de mot pour exprimer l'idée abstraite du droit de propriété. Le propriétaire disait : *Hæc res mea est ex iure Quiritium* [3]. Du temps de Cicéron, le mot *mancipium* servait à désigner la propriété romaine [4]. Plus tard, nous trouvons *dominium legitimum, dominium, proprietas* [5]. Pour désigner la propriété en dehors du *ius civile*, on employait les locutions *in bonis esse, in bonis habere* [6]. Les auteurs modernes, en s'appuyant de l'exemple de Théophile, ont créé le terme *dominium boni-*

[1] L. 1, C., *de nudo iure Quiritium tollendo* 7, 25.

[2] L. 1, C., *de usucapione transformanda, et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi* 7, 31. Cette loi est de l'an 531.

[3] Cicéron, *in Verrem,* II, 2, 12; *pro Murena* 12. — Gaius, I, 54. II, 40. 196. — Ulpien, I, 16. 23, et *passim.*

[4] Cicéron, *epist. ad familiares,* VII, 29. 30.

[5] Varron, *de re rustica,* II, 10, 4, parle déjà de *dominium legitimum. Voy.* ci-après, § 96, note 16. — *Proprietas* ne se trouve pas avant Trajan. Suétone, *Galba* 7. — Neratius, Fr. 13, pr. D., *de adq. rerum dominio* 41, 1. — Iavolenus, Fr. 115, D., *de verb. signific.* 50, 16. — Celsus, *Vatic. fragm.* 80. Au n° 86 des mêmes *Vaticana fragmenta* le mot *proprietas* se rencontre dans un passage qui relate une opinion de Sabinus, mais il n'est pas certain que le terme vienne de lui.

[6] Gaius, I, 54. — Ulpien, I, 16. XIX, 20.

tarium, auquel ils opposent la propriété romaine sous le nom de *dominium Quiritarium* [7]. — A partir du troisième siècle de l'ère chrétienne le droit bonitaire est aussi appelé *dominium* ou *proprietas* [8], et dans la législation de Justinien, ces deux mots sont les termes techniques pour désigner la propriété unique du droit nouveau [9].

§ 94. *Nature du droit de propriété.*

Le droit de propriété suppose comme objet une chose déterminée et ayant une existence individuelle, *res* [1]; il soumet cette chose légalement à notre pouvoir de la manière la plus étendue. Il s'ensuit que le droit de propriété est de sa nature absolu et exclusif.

1° Il est absolu en ce sens que le propriétaire peut disposer de la chose comme bon lui semble [2], quand même il nuirait à autrui en agissant ainsi [3]. Toutefois la manifestation de ce pouvoir peut être modifiée léga-

[7] Δεσπότης βονιτάριος, δεσπότης *iure Quiritario.* » THÉOPHILE, ad § 5, I., *de libertinis* 1, 5.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 92, note 8. Dans Gaius se trouvent même deux passages qui pourraient faire croire que les termes techniques *meum, tuum esse* étaient déjà, de son temps, appliqués au propriétaire bonitaire. GAIUS, I, 167 « Cuius et in bonis et ex iure Quiritium ancilla fuerit. » II, 41. « Impleta usucapione pleno iure incipit, id est, et in bonis, et ex iure Quiritium tua res esse. »

[9] Les mots *dominium* et *proprietas* sont synonymes. PROPRIETAS est cependant parfois employé par excellence pour désigner la propriété dépouillée du droit de jouir de la chose, la *nue propriété.* GAIUS, II, 30. 33. —*Vatic. fragm.* 51. 78. 80. 82. 83. 86. — § 4, I., *de usufructu* 2, 4 et *passim.* — DOMINIUM se dit plutôt pour désigner le droit de propriété, considéré comme droit absolu; par extension, on applique même le terme à d'autres droits pour indiquer qu'ils nous appartiennent en propre. Ainsi, nous trouvons les expressions *dominus hereditatis* pour *héritier* (Fr. 48, D., *de heredibus instituendis* 28, 5); *dominium ususfructus* pour *ius ususfructus* (Fr. 3, D., *si ususfructus petatur* 7, 6); *dominium hypothecæ* et *dominium rerum obligatarum* pour *ius hypothecæ* (Fr. 16, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1; L. 8, C., *de hereditate vendita* 4, 39); — et même *dominus proprietatis* pour nu propriétaire (GAIUS, II, 30), *dominium possessionis* pour *possessio* ou *ius possessionis* (L. 1, Gr. C., *si sub alterius nomine* 3, 3); enfin, *universum dominium* pour *omnia* ou *universa bona.* Fr. 70, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16. *Voy.* encore Fr. 15, § 8, D., *quod vi aut clam* 43, 24.

[1] Fr. 23, § 5. Fr. 44, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 40, D., *emti* 19, 1. — Fr. 15, pr. D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 7, § 10, D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 2, D., *de superfic.* 43. 18. — Nous aurons à développer la portée de cet axiome, ci-après, §§ 100-104. 108 et 118.

[2] Pour énoncer cette proposition on dit parfois que le propriétaire a le *ius utendi et abutendi.* C'est un lieu commun qui ne nous apprend rien, mais qui nous fournit l'occasion de faire observer que si le mot *abuti* peut parfois se traduire par *abuser,* il signifie cependant habituellement *consommer.* Cf. ci-après, § 128, †.

[3] C'est là une règle commune à tous les droits, avec cette restriction qu'il ne nous est pas permis d'exercer notre droit dans la seule intention de nuire à autrui. Ci-dessus, § 6, notes 1. 2. Outre cette restriction générale, la nature particulière d'un droit peut créer d'autres restrictions. Ainsi il va de soi que nous ne pouvons exercer notre droit de propriété par des manifestations qui léseraient d'une manière illégale le droit de propriété d'un autre. Fr. 8, § 5, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — Fr. 1, § 17, D., *de aquæ pluviæ arc. act.* 39. 3. Cf. Fr. 19, pr. D., *de servit. præd. urb.* 8. 2. Cf. ci-dessus, § 121.

lement, soit dans l'intérêt public et général, soit dans l'intérêt d'un particulier. Nous traiterons de ces modifications dans le paragraphe suivant.

2° Le droit de propriété est exclusif. Le propriétaire peut empêcher tout autre de disposer de la chose qui lui appartient. — La manifestation de ce pouvoir peut également être modifiée de différentes manières, que nous exposerons avec plus de détail au paragraphe suivant. Il en a déjà été parlé sommairement au § 76. Nous y avons démontré, en effet, qu'il est possible de démembrer du droit de propriété certaines manifestations et de les ériger en droits séparés, lesquels droits, appelés *iura in re*, nous donnent le pouvoir de disposer d'une manière plus ou moins étendue de la chose d'un autre. Mais nous avons également eu soin de faire observer que ces démembrements ne peuvent jamais aller jusqu'à priver d'une manière absolue le propriétaire de la possibilité de disposer lui-même de sa chose. Ce principe est de l'essence de la propriété. Il en résulte particulièrement que deux ou plusieurs personnes ne peuvent point avoir chacune la propriété entière de la même chose; car il est impossible que les volontés de deux personnes différentes s'appliquent librement au même objet [4]. C'est à tort que quelques commentateurs parlent d'un * *condominium plurium in solidum* *. Cette idée, qui ne saurait se concilier avec l'essence du droit de propriété, ne se trouve point dans la législation romaine. Nous nous réservons de démontrer ci-après la fausseté d'une application qu'on en a faite sous les noms de *dominium directum* * et *dominium utile* * [5]. Mais nous sommes obligé de dire ici quelques mots d'une autre invention des auteurs modernes, qui a donné naissance aux termes *dominium civile* et *dominium naturale* ou *dormiens* *. Par là on veut dire que de deux personnes l'une peut exercer légalement et pleinement le droit de propriété, tandis que l'autre tient le même droit comme en cachette, de manière qu'à une certaine époque il puisse revivre et sortir tous ses effets : d'où le nom *dominium dormiens* ou *quiescens*. Cette erreur bizarre doit principalement son origine à une constitution de Justinien, qui paraît, en effet, attribuer à la femme mariée une espèce de propriété latente à l'égard des biens dotaux [6], alors que le mari a la propriété vraie et manifeste de ces mêmes biens. Mais nous verrons plus tard, quand nous traiterons des relations dotales, que c'est un malentendu, occasionné par la rédaction peu correcte de la constitution mentionnée [7].

[4] Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. « .... Celsus filius ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse ». Cf. ci-dessus, § 81, note 2. — Fr. 19, § 5, D., *de castrensi peculio* 49, 17. « Non posse dominium apud duos pro solido fuisse ».

[5] *Voy.* ci-après, §§ 146. 152.

[6] L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12. « ..... Cum eædem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio... »

[7] *Voy.* ci-après, t. III, § 512 *in fine*.

3° Le droit de propriété est irrévocable. Nous avons montré, au § 78, que cette conséquence découle des deux caractères essentiels de la propriété que nous venons d'analyser. En effet, si ce droit est exclusif, il est évident qu'il ne peut dépendre de la volonté d'un étranger de le faire cesser malgré le propriétaire. D'un autre côté, de ce qu'il est absolu, il résulte que les dispositions que le propriétaire fait légalement à l'égard de la chose doivent être maintenues et sortir leurs effets, quelles que soient, d'ailleurs, les relations personnelles qui peuvent exister entre lui et d'autres personnes. Cette règle a surtout une grande importance dans les cas où l'acte sur lequel se fonde l'acquisition de la propriété se fait en vertu d'une aliénation à l'occasion de laquelle celui qui aliène se réserve le droit de reprendre la chose aliénée. Ainsi, en supposant que j'aie vendu à Pierre un fonds de terre, et que nous soyons convenus que la vente sera résiliée en ma faveur au cas que telle condition se réalise, quel sera l'effet de l'accomplissement de cette condition? Certes, Pierre sera tenu de me restituer le fonds; mais qu'arrivera-t-il s'il s'est mis dans l'impossibilité de le faire, l'ayant vendu et transféré à Paul? Pourrai-je m'adresser à ce dernier et lui demander de se dépouiller de son fonds en ma faveur? Il est évident que Paul me répondra qu'il est propriétaire de l'immeuble, qu'il ne peut être privé de sa propriété par quelqu'un envers lequel il n'a contracté aucune obligation et que je n'ai qu'à prendre mon recours contre Pierre qui, à défaut d'opérer la restitution qu'il est obligé de faire, sera condamné à me tenir indemne du dommage qu'il m'a causé en se mettant dans l'impossibilité d'exécuter son engagement. C'est en vain que je soutiendrais que Pierre n'a pu transférer à Paul plus de droit qu'il n'en avait lui-même; car les conventions particulières que j'ai conclues avec Pierre, tout en établissant une obligation entre nous deux, n'ont pu affecter le droit de propriété. Pour qu'il en fût autrement, il aurait fallu que je me fusse réservé un droit réel sur le fonds vendu, et cela n'est pas; car la loi n'admet que deux espèces de droits réels, la propriété et les *iura in re*. Or, le contenu de notre convention ne constitue point un droit qui puisse entrer dans une catégorie quelconque des *iura in re* [8]; et quant à la propriété, il n'en saurait être question, d'abord parce que la même chose ne peut avoir deux propriétaires, ensuite parce que la propriété ne se transfère point par simple convention. Malgré la réserve que j'ai faite, je ne pourrai donc revendiquer le fonds dans les mains d'un tiers acquéreur : je n'aurai de recours que contre Pierre, avec qui j'ai contracté. En d'autres termes, je ne pourrai faire valoir mon droit de révocation que *in*

[8] Cette proposition est rigoureusement vraie en droit romain (*voy.* la note suivante), mais elle ne s'applique pas aux législations qui, pour la transmission de la propriété immobilière, exigent la transcription dans les registres publics. Cette transcription confère, en effet, au droit de révocation le caractère d'un droit réel. Cf. ci-après, t. II, § 249, Observation.

personam. — Telle est la règle qui découle de la nature du droit de propriété. A-t-elle été également reconnue et sanctionnée par les Romains? Dans l'ancien *ius civile* l'affirmative ne saurait être douteuse, puisque aucun des anciens modes civils d'acquérir la propriété n'admettait de condition quelconque [9]. Mais la plupart des interprètes du droit romain contestent l'exactitude du principe, au moins dans le droit nouveau, et soutiennent que, lorsque les parties ont ajouté à l'acte d'aliénation une convention résolutoire conditionnelle (ou, comme on a l'habitude de s'exprimer d'une manière illogique, « lorsqu'une chose a été aliénée sous condition résolutoire [10] »), l'accomplissement de la condition aurait pour effet d'éteindre *ipso iure* la propriété acquise et de la faire retourner sur la tête de celui en faveur duquel le pacte résolutoire a été stipulé : de manière qu'il puisse revendiquer la chose entre les mains de qui que ce soit, et libre de toutes charges dont elle a pu être grevée, nonobstant les aliénations et dispositions que le propriétaire a pu faire. La résolution ou révocation opérerait *in rem*, d'après le principe : *resoluto iure concedentis, resolvitur iure concessum.* Nous ne saurions admettre cette théorie, qui est destructive de la nature du droit de propriété et qui est de plus incompatible avec le développement historique de l'institution et les décisions positives de nos sources. Nous pensons, au contraire, que le principe de l'irrévocabilité de la propriété est resté debout dans le droit romain jusque dans les derniers temps [11]. La législation de Justinien ne déroge à ce principe que dans deux hypothèses isolées qui présentent un caractère

[9] *Voy.* ci-dessus, § 32, notes 12-14, et ci-après, § 97, note 14. C'est surtout dans notre matière que se montre la sagesse de cette disposition. La mancipation et la *in iure cessio* devaient imprimer au transfert de la propriété la sanction et la garantie des Quirites. Comment cela aurait-il été possible, si les parties avaient eu la faculté d'ajouter à ces actes verbaux des *accidentalia* arbitraires qu'on n'aurait pu constater qu'en recourant à la mémoire faillible des témoins mortels? Qu'on ne nous objecte pas que les testaments aussi se faisaient au moyen de la mancipation. Les testaments *per æs et libram* étaient presque toujours rédigés par écrit; on n'employait la forme orale que pour des dispositions très-simples. Cf. ci-après, t. III, § 365, A, 3. — Ces considérations, importantes pour les Romains, ne s'appliquent point, comme nous l'avons fait observer à la note précédente, aux législations qui, pour la transmission de la propriété immobilière, exigent la transcription dans les registres publics.

[10] Nous rappelons l'observation que nous avons faite au § 36, notes 4. 5, savoir : que les actes qu'on qualifie ordinairement d'acquisitions sous condition résolutoire contiennent en réalité deux conventions différentes ayant pour but, l'une de créer un droit, l'autre de le résilier éventuellement. *Voy.* encore ci-après, t. II, § 205, note 10 et § 249, OBSERVATION.

[11] Les preuves seront fournies ci-après, t. II, § 249, OBSERVATION. Ici, nous nous bornons à citer deux textes qui consacrent bien formellement le principe de l'irrévocabilité, l'un de la fin du troisième siècle où la mancipation était devenue très-rare, l'autre du temps de Justinien où la tradition était le seul mode de transfert du droit de propriété : *Vaticana fragmenta* 283. « Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut, post mortem eius qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum AD TEMPUS proprietas transferri nequiverit... » Il est vrai que dans le manuscrit le mot TEMPUS n'y est pas entièrement lisible et qu'on n'y voit que les deux lettres TE; mais la leçon TEMPUS est naturellement donnée par l'ensemble du texte et se trouve d'ailleurs

trop particulier pour que ces dérogations puissent avoir quelque importance au point de vue des principes [12].

Observation. L'espace nous fait défaut pour exposer les diverses théories des jurisconsultes modernes sur la révocabilité de la propriété en droit romain. D'après celle qui s'éloigne le plus de notre manière de voir, la propriété est, à la vérité, de sa nature irrévocable; mais elle peut être rendue révocable ou résoluble soit par la loi, soit par la volonté de l'homme. Cela étant admis, on distingue deux espèces de propriété révocable, l'une *ex tunc* *, l'autre *ex nunc* *. La première est celle dont la cause de révocation se trouve déjà dans l'acquisition, et dont les effets, par conséquent, remontent au moment de l'acquisition, *ex tunc;* la seconde est celle qui résulte d'un fait postérieur à l'acquisition, et dont les effets ne commencent qu'à partir du moment de la révocation même, *ex nunc.* On voit que ces deux termes désignent ce que nous avons exprimé plus haut, en disant que la clause résolutoire exerce son effet *in rem* ou *in personam;* mais il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre qu'il est contraire à toute logique d'appliquer le mot propriété révocable au dernier cas. Il ne saurait être question de propriété révocable que quand la révocation s'exerce *in rem* ou *ex tunc.* Cette seule inexactitude suffirait pour faire rejeter la terminologie des commentateurs; mais la théorie même à laquelle elle s'applique est erronée et très-dangereuse en ce qu'elle admet qu'il peut dépendre de la volonté de l'homme de donner arbitrairement à la propriété le caractère de révocabilité. Aussi est-il impossible dans ce système d'indiquer le principe d'après lequel il faut juger les divers cas qui peuvent se présenter. — Nous nous bornons ici à ces observations, nous réservant de les développer plus tard, quand nous nous occuperons des conventions, ajoutées à une aliénation, qui ont pour but d'assurer le retour de la chose aliénée [13].

§ 95. *Modifications et restrictions apportées au droit de propriété.*

Nous avons dit, dans le paragraphe précédent, que le droit de propriété peut être limité dans ses manifestations de différentes manières, pourvu que les restrictions qui y sont apportées n'en détruisent point l'essence. Nous allons exposer rapidement les modifications les plus importantes qui peuvent se présenter.

dans la L. 2, C., *de donationibus sub modo* 8, 55, qui reproduit, bien qu'avec de grandes altérations, le nº 283 des *Vaticana fragmenta.* — Stephanus *ad Basilica,* XVI, 2, 1 (Supplem. ed. Heimbach de Zachariæ, p. 95). « *πρόσκαιρος γάρ οὐκ ἔρρωται δεσποτεία.* Nam temporalis proprietas non datur ».

[12] *Voy.* ci après, t. II, § 249, Observation.

[13] *Voy.* ci-après, t, II, § 249, nºs 1-4. 7, et Observation.

1. Copropriété, *Condominium* *. S'il est vrai que deux ou plusieurs personnes ne peuvent avoir chacune la propriété de la même chose en entier [1], rièn n'empêche cependant qu'une chose appartienne en commun à plusieurs propriétaires. C'est ce rapport que les Romains expriment en disant que ces plusieurs personnes ont la chose *pro indiviso* [2]. Toutes ensemble ont le droit de propriété; mais aucun des copropriétaires pris séparément n'a ce droit, soit par rapport à la chose entière, soit par rapport à une partie matériellement déterminée de la chose. Il s'ensuitque tous et chacunpeuvent useret jouir dela propriété commune, conformément à leurs conventions [3], mais qu'aucune disposition, impliquant un changement du *statu quo* ne peut être prise relativement à la chose sans le consentement de tous les copropriétaires [4]. Cependant chacun d'eux est libre de disposer de son droit, particulièrement il peut l'aliéner, et par l'aliénation il transfère à l'acquéreur sa part intellectuelle, *pars indivisa*, dans le droit de propriété [5]. De même chaque copropriétaire peut demander le partage réel de la chose [6]. A cet effet, il a une action en partage, appelée *communi dividundo*, dont nous expliquerons la nature quand nous nous occuperons des rapports obligatoires qui naissent de la communauté [7].

[1] Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6, et Fr. 19, § 3, *de castrensi peculio* 49, 17, cités ci-dessus, § 94, note 4.

[2] Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 7, § 4, D., *quibus modis pignus solvitur* 20. 6. — Fr. 64, D., *de evictionibus* 21. 2. — Fr. 66, § 2, D., *de legatis II* (31). — Fr. 5, D., *de stipulatione servorum* 45, 3. Cf. ci-dessus, § 29, note 12. — Une copropriété *pro partibus divisis* ne saurait être imaginée que dans des circonstances toutes particulières. Nous rencontrons cependant chez les Romains une bizarrerie de ce genre (qui, au reste, trouve son analogie dans le mur mitoyen du droit moderne) aux Fr. 36, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2; Fr. 19, pr. D., *communi dividundo* 10. 3, et Fr. 83, D., *pro socio* 17, 2. D'après ces textes, les poutres qui forment la charpente commune à deux maisons contiguës et l'arbre ou la pierre, placés sur la limite de deux champs, sont communs entre les deux propriétaires *pro certis partibus, e regione cuiusque finium*, tant qu'ils forment partie intégrante de l'immeuble; mais dès qu'ils en sont séparés et acquièrent ainsi une existence individuelle, ces objets deviennent communs *pro indiviso*. *Voy.* ci-après, § 102, nº 2 et § 118, notes 7 sq.

[3] Fr. 8. 13, pr. § 1. Fr. 19, § 1. 2, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8. 2. — Fr. 27, § 10, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2.

[4] Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. « ... Celsus filius ait... nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.—Fr. 28, D., *communi dividundo* 10, 3. « In re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat *rel.* ». — Fr. 2, D., *de servitutibus* 8, 1. — Fr. 8. 26. 27, § 1. D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 11, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — Fr. 10, pr. D., *de aquæ pluviæ arc. act.* 39, 3. — L. 1. 4, C., *de communium rerum alienatione* 4, 52. Une modification à cette règle sera mentionnée ci-après, § 116, X. — Le fisc jouit d'un privilége particulier. L. 2, C., *de comm. rerum alienatione* 4, 52.

[5] Fr. 68, D., *pro socio* 17, 2. — L. 14, C., *de contrah. emtione* 4. 38. — L. 3. 4, C., *de comm. rer. alien.* 4. 52. — L. 12, C., *de donat.* 8. 54. — De là résulte qu'il peut également hypothéquer sa part. Cf. ci-après, § 133, note 18.

[6] L. 5, C., *communi dividundo* 3, 37.

[7] *Voy.* ci-après, t. II, § 278.

2. *Iura in re.* Nous avons vu, au § 76, que les *iura in re* ont pour effet soit de nous interdire certains modes d'exercer notre propriété, soit d'autoriser un autre à faire quelque chose que nous serions en droit de l'empêcher de faire si notre propriété n'avait pas été limitée. Nous exposerons dans la suite la nature des différentes catégories des *iura in re.* Ici il suffit de rappeler que pareille restriction, comme dérogeant à la nature du droit de propriété, n'est point présumée. Celui qui prétend qu'elle existe doit en prouver l'origine, et jusqu'à ce qu'il ait fourni cette preuve, la propriété est censée libre [8]. De même, quand un *ius in re* s'éteint, de quelque manière que ce soit, la propriété reprend sa nature originaire, qui est d'être libre, absolue et illimitée [9]. Pour indiquer que, dans un cas donné, notre droit a ce caractère illimité, les Romains disent que notre chose est *optima maxima* [10].

3. Restrictions légales [11]. Enfin, la loi impose à l'exercice du droit de propriété certaines restrictions que les commentateurs désignent assez improprement par le nom de servitudes légales [12]. Ainsi, quoique la propriété d'un immeuble emporte la propriété du dessus et du dessous [13], le propriétaire du fonds inférieur est tenu de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur. De son côté, le propriétaire du fonds supérieur ne peut faire de constructions par lesquelles le cours naturel des eaux serait changé au préjudice du fonds inférieur [14]. — Le propriétaire d'un fonds doit laisser entre sa propriété et celle de son voisin un espace, qui est de 2 1/2 pieds quand il sépare deux maisons, *ambitus, intercapedo* [15], et de 5 pieds quand il sépare des fonds cultivés, *quinque*

[8] L. 9-14, C., *de servit.* 3, 34. C'est par le même motif que ces restrictions doivent toujours être interprétées étroitement. Fr. 68, pr. D., *de usufr.* 7, 1. — Fr. 13, § 1. Fr. 29, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 13, § 1, D., *comm. præd.* 8, 4. *Voy.* en général ci-après, §§ 124. 136. 137.

[9] § 4, I., *de usufructu* 2, 4. — Fr. 3, § 2, D., *eodem* 7, 1. — Fr. 30, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. *Voy.* ci-après, § 144, nos 1. 2. §§ 151. 152. 168.

[10] Fr. 90, D., *de verb. signif.* 50. 16. « Ædes optimæ maximæ. » — Fr. 169, D., *eodem.* « Fundus optimus maximus. » — Fr. 48. 59, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 75, D., *de evictionibus* 21, 1 et *passim. Voy.* ci-après, § 124, note 2, et t. II, § 215, note ~~18~~. 53

[11] Nous ne nous occupons ici que des restrictions qui affectent le caractère réel du droit de propriété. Il y a, en outre, des restrictions éventuelles, résultant des rapports de voisinage et constituant des obligations réciproques entre les personnes qui se trouvent dans ces rapports. Il en sera parlé ci-après, t. II, § 283.

[12] On verra, ci-après, au § 124, pourquoi ce terme « servitudes légales » ne peut être admis en droit romain.

[13] Cf. ci-dessus, § 25, note 16, et § 27, note 1.

[14] *Voy.*, en général, sur cette matière, Tit. D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3, et ci-après, § 283. Cette prescription remonte à la loi des Douze Tables.

[15] Varron, *de l. l.*, V, 22 (IV, 4 Gothofr. — p. 9, Bipont.). — Festus, vv. *Ambitus. Insulæ.* — Mæcianus, *de assis distributione*, 46. — Isidore, *Orig.*, XV, 16, 12. — Sous les empereurs, la législation sur cette matière a beaucoup varié. Tacite, *Ann.*, XV, 43. — Fr. 14, D., *de servitut. præd. urb.* 8, 2. — L. 9. 11. 12, § 2, C., *de ædific. privat.* 8. 10.

pedes[16]. — Enfin, il y a plusieurs autres restrictions faites dans l'intérêt du culte et de la sûreté publique[17], de l'exploitation des mines[18], des cours d'eau, des aqueducs et des chemins publics[19], de l'agriculture[20], de la conservation des bâtiments, etc.[21].

COMMENT LA PROPRIÉTÉ S'ACQUIERT.

§ 96. *Observations générales.*

Pour l'acquisition du droit de propriété il faut : 1° une persoune capable d'acquérir ; 2° une chose susceptible d'être acquise ; 3° un mode d'acquisition.

1° Quant à la personne, il est évident que celui qui veut acquérir la propriété d'une chose doit avoir la capacité nécessaire à cet effet. Comme c'est la volonté de l'acquéreur qui constitue l'élément fondamental de son acquisition, et que nous ne pouvons vouloir par autrui, nous ne pouvons

[16] Cette disposition existait également déjà dans la loi des Douze Tables. *Voy.* ci-après, § 110 B ; § 113, A, 4, et t. II, § 278, n° 3.

[17] CIC., *de legibus* II, 24. — Fr. 8, pr. D., *de religiosis* 11. 7. — Fr. 3, § 1, D., *de mortuo inferendo* 11. 8. — Fr. 3, § 5, D., *de sepulcro violato* 47. 12. — L. 12, C., *de religiosis* 3, 44.

[18] L. 3. 6, C., *de metallariis* 11, 16 (L. 10. 14, Th. C., *eodem* 10. 19). Cf. Fr. 13, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4, et ci-dessus, n° 229.

[19] *A*) FRONTIN, *de aquis*, c. 125. 127. — *B*) TABULA HERACL., c. 7. 9-13, lin. 20-25. 29-35. — CIC., *pro Cæcina*, 19. — FESTUS, v. *Viæ*. — *Gromatici*, p. 120 sq. 158, 13 (p. 209 et 19 Goës.). Fr. 14, § 1, D., *quemadmodum servitutes amittantur* 8. 6.

[20] *A*) Fr. 1, pr. D., *de tigno iuncto* 47. 3. « Lex XII Tabularum *neque solvere permittit tignum* furtivum ædibus vel *vineis iunctum. . . . . ne* vel ædificia sub hoc prætextu diruantur, vel *vinearum cultura turbetur* ». Cf. ci-après, § 102, note 6. — *B*). Par la L. 14, § 1, C., *de servitutibus* 3, 34, Justinien défend d'élever des construction qui auraient pour effet de priver l'aire de notre voisin du vent nécessaire pour battre les grains et autres *fructus aridos* et de séparer la paille des fruits, *sic ædificare ut idoneum ventum et sufficientem ad præfatum opus infringat*.

[21] *A*) Pour empêcher la démolition des édifices, *ne ædificia diruantur*, la loi des XII Tables avait déjà privé le propriétaire de matériaux, employés dans une construction, de la faculté de demander la restitution de ses matériaux, sauf à obtenir, à titre d'indemnité, le double de leur valeur. *Voy.* ci-après, § 102, B, 1. — *B*) Par un motif analogue, des édits d'Adrien et de Vespasien et des sénatus-consultes défendirent de dépouiller les maisons des villes et les maisons de campagne, *domus et villæ*, des statues, colonnes, etc., qui leur servent d'ornement, de démolir ces maisons dans un but de lucre ou de les vendre pour être démolies. *Voy.* les sénatus-consultes, vulgairement appelés *Hosidianum* et *Volusianum*, que nous avons mentionnés parmi les inscriptions anciennes (ci-dessus, p. 9, n° 17), ainsi que SPARTIEN, *Adrien*, 18 (Cf. PLINE, *Epist.*, X, 75, et SUÉTONE, *Vespasien*, 8). — Fr. 52, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 48, D., *de damno infecto* 39. 2. — L. 2. 3. 6. 7, C., *de ædificiis privatis* 8. 10. — Cf. Fr. 7, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 425, note 12. — *C*) Si le mur de notre voisin fait saillie, *ventrem facit*, dans notre maison ou sur notre fonds, nous devons tolérer cette usurpation involontaire, tant que la saillie n'avance pas d'un demi-pied ou de plus. Fr. 17, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5, et ci-après, § 121, note 3. — *D*) Enfin, divers édits impériaux fixent l'élévation des édifices à une hauteur déterminée. Cf. ci-après, § 133, note 9. — *Voy.* aussi ce que nous dirons ci-après, t. II, § 283, des obligations résultant des rapports de voisinage.

non plus, rigoureusement parlant, acquérir par un tiers. Ce principe, découlant de la nature des choses, était expressément reconnu par le droit romain [1]. Par des raisons d'utilité, on cherchait cependant à tourner les inconvénients qui en résultaient au point de vue économique. D'abord l'organisation de la famille romaine y apporta une modification importante. Les personnes sous puissance n'étant, pour ainsi dire, qu'une émanation du chef et ne formant qu'une personne avec lui, il s'ensuivait naturellement que tout ce qu'elles acquéraient était forcément acquis au *paterfamilias* [2]. Le même motif n'existait point dans le cas où des actes d'acquisition étaient posés par des personnes agissant librement pour nous, sans être soumises à notre puissance, *liberæ personæ*. Aussi Justinien dit-il encore que nous n'acquérons point la propriété par de pareilles personnes. De fait cependant ce principe n'est plus dans le droit nouveau qu'une lettre morte depuis qu'il a été admis que nous pouvons acquérir la possession par de simples mandataires. En effet, l'examen des divers modes d'acquérir la propriété nous montrera que, dans la plupart des cas où il faut un acte positif d'acquisition, cet acte consiste en une prise de possession de la chose dont on veut acquérir la propriété [3].

2° Quant à la chose, il faut qu'elle soit *in commercio*. L'ancienne différence entre les fonds italiques et les fonds provinciaux n'existe plus dans le droit nouveau [4].

3° Le mode d'acquisition consiste ordinairement en un acte à faire par celui qui veut acquérir. Il est cependant des cas dans lesquels la propriété nous est acquise par cela seul que tel fait ou telle circonstance existe [5]. — L'acquisition de la propriété peut être *per universitatem* ou *singularum rerum*. Ce que nous avons dit au § 8 nous dispense de donner des explications sur la signification ces termes. Des raisons de méthode nous engagent, d'ailleurs, à ne traiter ici que de l'acquisition de choses déterminées, et même d'exclure de ce livre la succession *in singulas res* à cause de

[1] Tit. I., *per quas personas nobis adquiritur* 2. 9. — Tit. C., *eodem* 4, 27.

[2] Gaius, II, 86 sqq. - Ulpien, XIX. 18. — Fr. 10, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1 et *passim*. *Voy.*, pour les détails, ci-dessus, § 11, III, et ci-après, t. III, §§ 525. 530. 534. 538. 539.

[3] § 5, I., *per quas personas nobis adquiritur* 2, 9. « Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque iuri vestro subiectos habetis, neque bona fide possidetis... nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est, quod dicitur *per extraneam personam nihil adquiri posse* (Gaius, II, 95. — L. 1, C., *h. t.* 4, 27) : excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum Divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit; vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit. » *Voy.* aussi L. 1. 8, C., *de adq. et retin. poss.* 7, 32, et ci-dessus, § 85.

[4] *Voy.* ci-dessus, §§ 92-93.

[5] Par exemple, quand une chose nous est acquise de plein droit *ex lege* (§ 97, V) ou bien par suite de spécification ou d'accession (§§ 99. 100-105).

mort [6]. — Une autre division des modes d'acquisition est celle en *modi iuris civilis* et *modi iuris gentium*, selon qu'ils dérivent du *ius civile* ou du *ius gentium* [7]. Gaius et Justinien semblent donner cette division comme étant d'une grande importance. Il est probable qu'elle en a eu dans l'origine, en ce sens que les modes civils seuls faisaient obtenir la propriété quiritaire, tandis que les modes naturels ne donnaient que la propriété bonitaire [8]; mais déjà du temps des jurisconsultes classiques, il n'était plus resté aucune trace de cette différence d'effets [9]. Certes, les modes civils donnaient la propriété civile [10]; mais des modes naturels pouvaient amener le même résultat. Ainsi il est hors de doute que sous l'empire la tradition transférait la propriété civile des *res nec mancipi* [11], l'occupation avait pour effet d'attribuer la propriété civile au citoyen romain [12], et l'accession la donnait également quand la chose principale était propriété *ex iure Quiritium* [13]. Aussi nos sources ne font-elles jamais mention de cette division quand elles traitent des différences entre la propriété quiritaire et celle *in bonis* [14], et cependant ce serait bien là l'endroit de le faire, si réellement les modes civils seuls avaient eu le privilége de conférer la propriété romaine. — Une troisième division des modes d'acquisition est celle en modes originaires et modes dérivés. Nous avons montré ci-dessus, § 8, que cette distinction, quoique n'étant pas consacrée par nos sources, est cependant fondée dans la nature des choses, et par conséquent d'une grande importance pratique. Aussi la prendrions-nous pour base de notre exposé, si la grande étendue de la matière et la marche positive du droit romain ne nous obligeaient de séparer les modes encore en vigueur dans

[6] Il sera parlé au livre V des acquisitions *per universitatem*, ainsi que des *adquisitiones singularum rerum mortis causa*.

[7] Gaius, II, 65 sqq. — § 11, I., *de rerum divisione et adquirendo earum dominio* 2, 1. « Quarumdam rerum dominium nanciscimur *iure naturali*, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarumdam *iure civili*. — Fr. 23, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 1, pr. D., *de adq. rerum dominio* 41. 1.

[8] *Voy.*, pour l'occupation, ci-après, § 98, notes 1. 21. 26. — Quant à l'accession d'immeuble à immeuble, comme elle n'avait lieu que pour les *agri arcifinii*, il est évident qu'elle ne pouvait donner le *dominium ex iure Quiritium*. Cf. ci-après, § 101, notes 7. 8.

[9] Sauf peut-être pour l'usufruit, dans les *Vaticana fragmenta*, 47.

[10] *Voy.* cependant *Vaticana fragmenta*, 47, *verb.* « iudicio legitimo », et ci-après, § 109 *in fine*.

[11] Probablement déjà du temps de Cicéron, *topica*, 5 in fine. — Gaius, II, 19. 20. — Ulpien, XIX, 7. « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum enim rerum dominium *rel.* »

[12] La chose est incontestable, mais ne résulte pas positivement du texte que l'on cite ordinairement à cette occasion : Gaius, IV, 16. « Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam iusti dominii; maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent ». Car il n'est pas à méconnaître que l'ancienne *occupatio bellica* avait un caractère civil. *Voy.* ci-dessus, note 8, et ci-après, § 97, III; § 98, VI.

[13] Fr. 11, § 7, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. « Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit ». Cf. Fr. 2, D., *de superficiebus* 43. 18.

[14] Bien au contraire, Paul dit, au Fr. 22, D., *de rei vindicatione* 6, 1 : « In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium acquisivit ».

le droit de Justinien d'avec les modes de l'ancien droit, abolis ou tombés en désuétude. Nous traiterons donc d'abord de ces derniers, et cet exposé servira d'introduction historique à l'examen plus approfondi que nous ferons des modes du droit nouveau.

Observation. Aucun auteur ancien ne nous a laissé une énumération complète des divers modes d'acquérir la propriété. Cicéron en mentionne quelques-uns dans plusieurs occasions [15]. Varron, dans un passage de son livre *De re rustica*, expose de combien de manières on peut acquérir la propriété romaine [16]. Ce passage a paru être en contradiction avec un texte d'Ulpien, dans lequel ce jurisconsulte semble vouloir énumérer les modes d'acquérir la propriété de choses déterminées [17]. Mais il est facile de concilier les deux auteurs, en tenant compte de l'époque où ils vivaient et du sujet qu'ils traitent [18]. Enfin, Théophile cite cinq modes *iuris civilis* et quatorze modes *iuris naturalis;* cependant cette énumération n'épuise pas encore toute la matière [19].

MODES D'ACQUÉRIR DE L'ANCIEN DROIT, ABOLIS OU TOMBÉS EN DÉSUÉTUDE.

§ 97.

Ces modes sont tous *iuris civilis.*

I. *Mancipatio, mancipium, emancipatio* [1], le mode originaire et usuel de transférer la propriété civile [2]. Dans le principe, la mancipation était tout simplement l'échange d'une chose contre une somme d'argent, se faisant en présence du peuple. Celui qui voulait aliéner donnait la chose,

[15] Cic., *topica*, 5; *de haruspicum responsis*, 7.

[16] Varron, *de re rustica*, II, 10, 4, en parlant de l'achat d'un esclave. « In emtionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt : si hereditatem iustam adiit (venditor); si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, cui (qui) potuit cedere, et id, ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e præda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit. »

[17] Ulpien, XIX, 2. « Singularum rerum dominia nobis adquiruntur : mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, adiudicatione, lege ».

[19] Varron ne parle point de l'acquisition *lege*, parce qu'il vivait avant la loi Iulia et Papia Poppæa, ni de la *traditio*, parce qu'il traite du *dominium legitimum* d'une *res mancipi*. Par contre, Ulpien ne mentionne ni la *sub corona emtio*, parce que de son temps elle était tombée en désuétude, ni la *hereditas* et la *bonorum venditio*, parce que ce sont des modes d'acquérir *per universitatem*. Cf. aussi Gaius, II, 15 sqq. – *Voy.* M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, t. I, p. 218 et suiv.

[19] Théophile, *ad Inst.*, II, 2, pr. et II, 9, 6.

[1] Le mot *mancipium* se trouve déjà dans les Douze Tables: Festus, v. *Nuncupata*. Le mot *emancipatio* est peu usité dans ce sens. — Rappelons ici que les notions de *mancipium* et de *nexum* appartiennent au même ordre d'idées, et que la *mancipatio* est qualifiée de *nexu traditio*. Cic., *topica* 5. *Voy.* ci-dessus, § 53, notes 2. 3, et ci-après, t. II, §§ 245. 299.

[2] Gaius, I, 119-122. – Ulpien, XIX, 3-6. – *Vaticana fragm.* 50. « .... Quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII Tabularum confirmat ».

l'acquéreur donnait le prix, que l'on pesait au moyen d'une balance [3]. Par la suite, quand on ne pesait plus l'argent, on n'en continuait pas moins d'employer la balance, et ce qui d'abord avait été réel finit par devenir imaginaire. C'est ainsi que la mancipation est décrite par les jurisconsultes classiques [4]. Elle se faisait en présence de cinq témoins, qui représentaient probablement les cinq classes de Servius Tullius, *classici testes* [5], et d'un sixième, qui tenait la balance, *libripens* [5]. Le prix était représenté par un lingot d'airain, plus tard par une petite monnaie que l'acquéreur mettait dans la balance en disant : « HANC EGO REM EX IURE QUIRITIUM MEAM ESSE AIO, EAQUE MIHI (M. HS.) EMTA EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA [6]. » En même temps il touchait la chose qui devait se trouver sur les lieux quand elle était mobilière. Pour les immeubles, on admettait la mancipation sans qu'il fût besoin de se rendre sur le fonds [7]. Parmi les personnes qui assistent à la mancipation, on nomme aussi un *antestatus* [8], probablement le chef des cinq témoins [9]. — Cette opération (que le jurisconsulte Ulpien appelle la *propria species alienationis rerum mancipi* [10]) se faisant ainsi avec la

[3] *Voy.* ci-dessus, § 33, notes 1-3, et § 28, notes 5-9.

[4] GAIUS, I, 119. 122. II, 104. — ULPIEN, XIX, 6.

[5] FESTUS, v. *Classici* testes dicebantur qui signandis testamentis adhibebantur ». Cf. ci-dessus, n° 60 et § 34, note 8. Anciennement les testaments se faisaient aussi *per mancipationem* ou *per æs et libram. Voy.* ci-après, t. III, § 360, A, 3.

[6] GAIUS, I, 119. 122. II, 104. — *Vaticana fragm.* 50. « ... emtus mihi est pretio... » — VALÈRE-MAXIME, V, 6, 3. — FESTUS, v. *Rodus*.... non modo pro ære *imperfecto*, sed etiam pro *signato*, quia in mancipando, cum dicitur : RUDUSCULO LIBRAM FERITO, asse tangitur libra ».

[7] GAIUS, I, 121. — ULPIEN, XIX, 6. — ISIDORE, *Orig.*, V, 25 (31).

[8] ANTESTARI, ANTESTATUS. *Voy.* ci-dessus, § 47, note 3 et PLAUTE, *Persa*, IV, 9, 8 sqq.; *Curculio*, V, 2, 13; *Pœnulus*, V, 4, 59. — CIC., *ad Herennium*, II, 13. — HORACE, *Sat.*, I, 9, 74, et ACRON et PORPHYRION *ad h. l.* — TITE-LIVE, chez PRISCIEN, VIII, 4 (p. 792 ed. Putsche) « Impubes libripens esse non potest, neque antestatus ». — PLINE, *H. N.*, XI, 103. — DONATIO IRENES. « Statia Irene... mancipio dedit, libripende Claudio Dativo, antestato Cornelio Victore » (GRUTER, *inscript.*, p. 1081, n° 1; BRUNS, *fontes*, p. 134 ; GIRAUD, *Enchiridion*, p. 651). — DONATIO SYNTROPHI. « Antestatus est T. Flavium Theopompum » (ORELLI, 7321; BRUNS, p. 133; GIRAUD, p. 649).

[9] Dans l'épitome de GAIUS du *Breviarium Alaricianum*, I, 6, 3, l'*antestatus* est mentionné comme un septième personnage, en dehors des cinq *testes classici* et du *libripens*. Mais l'analogie des testaments (§ 365, A, 3) nous porte à croire que c'est un malentendu des rédacteurs du bréviaire, d'autant plus qu'aucun auteur ancien, notamment ni Gaius ni Ulpien, ne mentionne l'*antestatus*. La DONATIO SYNTROPHI, citée à la note précédente, aurait pu nous éclairer à ce sujet, mais elle présente malheureusement vers la fin une lacune qui laisse la question absolument douteuse. Cf. le fac-simile chez HUSCHKE, *L. Flavii Syntrophi instrumentum donationis*. 1838.

[10] ULPIEN, XIX, 3. — Cf. CIC., *topica*, 5 (28). « Abalienatio est eius rei, quæ mancipi est, aut traditio alteri nexu aut in iure cessio, inter quos ea iure civili fieri possunt », et BOËTHIUS *ad h. l.* (p. 321, 26 Orelli). C'est de ces passages qu'on a voulu conclure que la *mancipatio* s'appliquait exclusivement aux *res mancipi*. Mais il est à remarquer que cette conclusion ne résulte pas nécessairement des paroles d'Ulpien, moins encore de celles de Cicéron et de Boëce, et qu'elle paraît contredite par plus d'un témoignage ancien. Il est vrai que celui de TACITE, *Annales*, I, 73, où il est parlé d'une statue mancipée, peut être écarté par la considération que, si la statue, prise isolément, est *res nec mancipi*, elle figure, dans l'espèce, comme partie intégrante d'un fonds. Mais il n'en est pas de même de PLINE, *H. N.*, IX, 35 (58. 60). Dans ce passage, il est d'abord

garantie de la nation, représentée par les cinq *testes classici*, avait naturellement pour effet de transférer à l'acquéreur la propriété *ex iure Quiritium*. —Il était libre aux parties d'ajouter à l'acte des conventions particulières, *lex mancipii*, auxquelles déjà la loi des Douze Tables avait accordé force obligatoire et dont l'inexécution entraînait pendant longtemps la peine du double [11].

II. *In iure cessio* [12]. Comme la mancipation était le transfert de la propriété sous la garantie du peuple, la *in iure cessio* se faisait sous la garantie de l'autorité constituée. L'acquéreur et celui qui voulait céder se rendaient devant le préteur, *in ius*. Le premier soutenait que la chose qu'il voulait acquérir lui appartenait, en prononçant la formule de la revendication; le second ne contredisait pas, et le magistrat attribuait la propriété au revendiquant. La *in iure cessio* n'était donc autre chose que la fiction d'une action en revendication, et c'est par ce motif qu'elle est appelée *legis actio*. Elle paraît déjà avoir été en usage avant la loi des Douze Tables [13].

Dans l'ancien droit, la *mancipatio* et la *in iure cessio* étaient les modes usuels de transfert de la propriété, et ce transfert s'opérait d'une

question de prouver la mancipation de perles, § 58; puis au § 60, l'auteur s'exprime comme suit, toujours en parlant de ces objets précieux : « Et hoc.... æternæ prope possessionis est : sequitur heredem, in mancipatum venit, ut prædium aliquod. » Pour écarter ce témoignage, on a proposé de remplacer au § 58 les mots *parata mancipationem tabulis probare* par *parata nuncupationem*, ce qui serait admissible. Mais ce qui ne l'est pas, malgré l'argumentation ingénieuse de M. Huschke, dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. XII, nº 9, c'est d'entendre les mots *in mancipatum venit, ut prædium aliquod*, comme si les *mancipes* avaient pu engager (*subsignare*) des perles comme garantie des contrats conclus avec l'État, qui leur imposaient l'obligation d'une *cautio prædibus prædiisque*. Aucune apparence de preuve ne saurait être fournie à l'appui de cette conjecture aventureuse qui méconnaît entièrement la nature de cette *cautio* (*voy.* ci-dessus, § 24, notes 9 sqq.). Plutôt que de soutenir que des perles aient été considérées comme des *prædia*, il est certes permis d'admettre que la *mancipatio*, tout en étant une *propria species alienationis rerum mancipi*, a pu aussi être appliquée à des *res nec mancipi*, surtout quand il s'agissait de choses précieuses. Il est d'ailleurs certain que l'hérédité ou plutôt la *familia* du citoyen, qui n'était point *res mancipi*, pouvait être l'objet d'une *mancipatio*. Gaius, II, 17. 34, et ci-après, t. III, § 365, a, 3.— L'acquéreur d'un objet de valeur pouvait, au reste, avoir intérêt à faire procéder à la mancipation, par la raison que les conventions ajoutées à ce mode de transfert donnaient une garantie particulièrement efficace. *Voy.* la note suivante et § 153, note 1, ainsi que t. II, § 212, notes 1. 4. 6, et § 213, notes 1-7.

[11] Cic., *de officiis*, III, 16. « Nam cum ex XII satis esset ea præstari, quæ essent lingua nuncupata; quæ qui infitiatus esset, dupli pœnam subiret. » — Festus, v. « *Nuncupata*.... Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. » *Voy.* ci-dessus, § 33, note 4, et ci-après, t. II, § 212, notes 1. 4; § 213, notes 1. 2; § 245, notes 1-6.

[12] Gaius, II, 24. « In iure cessio autem hoc modo fit. Apud magistratum populi romani, velut prætorem, vel apud præsidem provinciæ, is cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit : hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Deinde postquam hic vindicaverit, *prætor interrogat* eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit. Idque legis actio vocatur; quæ fieri potest etiam in provinciis *apud præsides earum*. » — Ulpien, XIX, 9. 10. « In iure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit prætor ». — *Voy.* ci-dessus, § 33, note 27.

[13] *Vaticana fragmenta*, 50.

manière définitive et irrévocable : car ni l'un ni l'autre n'admettait un transfert temporaire ou conditionnel [14]. La mancipation était d'un usage plus fréquent [15], bien que la *in iure cessio* eût un domaine plus étendu, puisqu'elle pouvait être appliquée à toutes espèces de choses, le mot pris dans le sens étendu qui embrasse les choses incorporelles, notamment aux servitudes et même à des droits qui se rapportent aux relations de famille [16]. Cette circonstance explique comment ces deux modes d'aliénation et de transfert ont pu rester si longtemps en usage, l'un à côté de l'autre, comme modes réguliers de transférer la propriété romaine, surtout des *res mancipi*. Cependant ils perdirent tous deux beaucoup de leur importance pratique quand la propriété bonitaire eut obtenu une protection efficace, même contre le *nudum ius Quiritium* [17]. D'ailleurs, les formalités qu'ils exigeaient se trouvèrent, à une époque plus avancée, à la fois trop compliquées et trop difficiles à accomplir [18] pour les transactions journalières. Si l'on ajoute à ces considérations le fait que, depuis Caracalla, les neuf dixièmes au moins des propriétés territoriales, appartenant aux citoyens romains, se composaient de fonds provinciaux auxquels ni la *mancipatio* ni la *in iure cessio* ne pouvaient s'appliquer, on comprend aisément que ces modes civils aient dû disparaître devant la tradition, qui était le mode usité pour transmettre le domaine bonitaire et la propriété des immeubles dans les provinces [19]. La *in iure cessio* était encore en usage du temps de Dioclétien [20], la *mancipatio* est encore citée dans des constitutions de la fin du quatrième siècle [21]. Mais dans le droit

[14] Fr. 77, D., *de regulis iuris* 50, 17. Cf. ci-dessus, § 32, OBSERVATION.

[15] GAIUS, II, 25. « (Plerumque tamen et) fere semper mancipationibus utimur. Quod enim *ipsi per nos, præsentibus amicis*, agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud prætorem aut apud præsidem provinciæ quærere ».

[16] ULPIEN, XIX, 11. « In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas, et tutela legitima libertæ. » *Voy.* ci-après, § 139, et t. III, §§ 334. 413. — La *mancipatio*, comme la *in iure cessio*, étant l'une et l'autre des actes rigoureusement civils, ne pouvaient se faire ni entre pérégrins ni relativement aux choses en dehors du *ius Quiritium*. (CIC., *topica*, 10. — GAIUS, I, 119. — ULPIEN, XIX, 5. 7. 8. 9.) Quand il s'agissait de transférer une chose de ce genre, on était obligé de se servir du mode naturel de la tradition. Mais à l'égard des choses incorporelles qui ne sont point susceptibles de tradition, on se contentait de la simple convention, comme, par exemple, pour les servitudes à établir sur les fonds provinciaux. GAIUS, II, 28. 31. *Voy.* ci-après, §§ 105. 139. 140.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 92, C. 1.

[18] Abstraction faite de ce que ces formalités avaient de compliqué et d'onéreux, la mancipation, qui exigeait l'assistance de cinq citoyens, était même devenue un mode dangereux à cause de l'incertitude de l'état civil des personnes. On peut s'en faire une idée quand on pense que, sous l'empire, des esclaves pouvaient arriver aux plus hautes dignités. Témoin l'esclave Barbarius Philippus, devenu préteur. Fr. 3, pr. D., *de officio prætoris* 1, 14.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 91, note 10 ; § 92, notes 9-10, et ci-après, § 105.

[20] *Consultatio veteris icti*, VI, 10 (*ex corpore* HERMOGENIANI, *de donat. inter virum et uxorem* 7, 1 ed. Hænel).

[21] DIOCL. ET MAXIMIEN, *Vaticana fragm.* 213. — CONSTANTIN, L. 4. 5, Th. C., *de donationibus*

de Justinien, la tradition remplace partout les deux modes civils [22], et les compilateurs du Digeste ont plus d'une fois changé le texte des jurisconsultes classiques, en substituant le mot *traditio* aux anciens termes [23].

III. *Sub corona emtio*. Les prisonniers de guerre étaient publiquement exposés en vente, ceints d'une couronne. Cette vente faite par l'État même donnait naturellement la propriété romaine [24].

IV. *Bonorum sectio* ou *venditio* [25], vente de biens échus à l'État soit par la conquête, soit par suite de la condamnation criminelle d'un citoyen, soit enfin par droit d'hérédité [26]. Cette vente comprenait ordinairement un ensemble de biens, mais elle pouvait également avoir lieu à l'égard de choses déterminées [27]. Elle portait aussi le nom de *subhastatio*, du javelot. symbole de la propriété des Quirites, qui était dressé à l'endroit où la vente se faisait [28]. L'adjudication faite au dernier enchérisseur (de là *auctio*) [29] lui donnait naturellement la propriété romaine des choses corpo-

8, 12. — CONSTANCE et CONSTANT, L. 7, Th. C., *eodem*. — ARCADIUS ET HONORIUS, L. 9, Th. C., *de infirmandis his quæ sub tyrannis aut barbaris gesta sunt* 15, 14. Cette constitution est de 395.

[22] *Voy.* ci-après, § 105. — Il est vrai qu'on parle encore de *mancipare* et de *mancipatio* dans des actes de donation et de vente de la fin du sixième siècle ; mais ce sont là tout simplement des clauses de style que les tabellions continuaient d'insérer dans leurs actes, sans y attacher la signification que ces termes avaient eue dans l'ancien droit. SPANGENBERG, *tabulæ negotiorum*, p. 185. 193. 197. 215, et p. 238. 276. 289.

[23] Comparez *Vatic. fr.* 80 avec le Fr. 3, § 11, D., *de usufr. accrescendo* 7, 2 et *passim*.

[24] AULU-GELLE, VII, 4, 3-5. — VARRON, *de re rustica*, II, 10, 4, cité ci-dessus, § 96, note 16. — TITE-LIVE, II, 17. IV, 34. V, 22. — DENYS D'HAL., IV, 24. — FESTUS, v. *Sub corona*. — VOPISCUS, *Aurelien*, 7. — Cf. ci-après, § 98, note 21.

[25] Les deux termes se rencontrent (BONORUM VENDITIO, chez CIC., *pro Roscio Am.* 10. Cf. *ibidem*, 43, et L. 1, C., *de heredit. vend.* 4, 39. BONORUM EMTIO, EMTOR, chez CIC., *pro Rosc. Am.* 9. 21. 26. 43. 52 et *passim*); mais BONORUM SECTIO est plus usité, parce que la vente comprenait le plus souvent un ensemble de biens qui étaient habituellement achetés par des spéculateurs faisant le métier, réputé peu honorable, de les revendre en détail, et appelés par ce motif *sectores*. — CIC., *pro Roscio Am.* 29. 36. — TACITE, *Ann.*, XIII, 23. — SUÉTONE, *Vitellius*, 2. — FESTUS, v. *Sectores*. — Ps. ASCONIUS *in Verr.* II, 1, 23. p. 177, 13 Orelli. — GAIUS, IV, 146. — C'est pourquoi l'on dit aussi que l'État offre en vente la *sectio*, c'est-à-dire l'entreprise ou la spéculation de la vente parcellaire. CIC., *de inventione rhet.*, I, 45. — CÉSAR, *de bello gallico* II, 33 in f. — AULU-GELLE, XIII, 24, 6.

[26] TABULA BANTINA, c. 2. lin. 11. — LEX (ACILIA) REPETUNDARUM, c. 18. lin. 57. — VARRON, *de re rustica*, cité ci-dessus, note 24. — CIC., *de inventione rhet.* I, 45 ; *pro Roscio Amerino*, 8. 43 ; *pro Rabirio Postumo*, 4, 13 ; *in Rullum*, II, 21 ; *in Verrem*, II, 1, 20. 23, et Ps. ASCON., ainsi que *Schol. Gronov. ad h. l.*, p. 172. 177. 403 Orelli. — CÉSAR, *de bello gallico*, II, 33 in f. — TITE-LIVE, II, 14. V, 16. VI, 4. XXXVIII, 58. 60. — DENYS D'HAL., V, 34. et les passages du *Corpus iuris*, cités ci-après, note 30. — Cf. ci-dessus, § 24, note 5.

[27] Cela est dit expressément par EUTROPE, VIII, 6, et paraît aussi résulter de SUÉTONE, *César*, 50. D'ailleurs, il est à présumer que la vente du butin impliquait plus ou moins une division. CIC., *de invent.* I, 45.

[28] CIC., *Philipp.*, II, 26. — TITE-LIVE V, 16. — FESTUS, v. « *Hastæ* subiiciebantur ea quæ publice venumdabant quia signum præcipuum est hasta ». — GAIUS, III, 154. IV, 146.

[29] Ce mot est usité en cette matière comme pour toute vente publique aux enchères, TITE-LIVE, II, 14. — CIC., *pro Rosc. Am.* 8 et *passim* ; *pro Cæcina*, 5 ; *in Rullum* I, 3. II, 23. — SUÉTONE, *César*, 50 et *passim*.

relles qui en avaient été l'objet [30], et le préteur avait créé un interdit particulier pour le mettre à même d'en prendre possession, *interdictum sectorium* [31]. — Dans le droit de Justinien, nous trouvons encore les termes *subhastatio* et *auctio* pour désigner les ventes publiques de choses déterminées; mais l'ancienne *bonorum sectio* n'y est plus mentionnée [32].

V. *Lex*. Ulpien cite la loi comme un dernier mode d'acquérir [33]. Il entend probablement comprendre sous cette dénomination générale tous les cas dans lesquels la propriété passe de plein droit à quelqu'un en vertu d'une disposition légale. Tels étaient anciennement les *caduca* de la loi Julia et Papia Poppæa, ainsi que les *ereptoria* [34] et l'acquisition d'un esclave par droit d'accroissement [35], modes d'acquérir qui sont abolis dans le droit nouveau. Sous Justinien, nous pourrions ranger dans cette catégorie l'acquisition de la propriété d'une chose qui nous est vendue par le fisc non-propriétaire, la transmission de propriété qui se fait en faveur des enfants par suite du divorce ou du convol en secondes noces de leurs parents, et le legs d'une chose appartenant au testateur [36].

MODES D'ACQUÉRIR DU DROIT DE JUSTINIEN.

§ 98. 1. *De l'occupation* †.

On entend par occupation la prise de possession d'une chose sans maître, faite dans l'intention d'en acquérir la propriété. Cette prise de possession a pour effet de donner la propriété à l'occupant. *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* [1]. Ce mode d'acquisition sup-

[30] VARRON, *de re rust.* II, 10, 4, ci-dessus, § 96, note 16. – CIC., *de invent.* 1, 45. – GAIUS, III, 80 « .... Interdum quidem bonorum emtoribus *rel. Voy.* ci-après, t. II, § 299. — Quand la vente avait pour objet un patrimoine entier, elle constituait une *successio per universitatem,* et par suite, le successeur, c'est-à-dire l'acquéreur, était tenu des obligations de la personne exécutée. *Voy.* ci-après, t. II, § 299; t. III, § 358, et Ps. ASCONIUS *ad Verrin.* II, 1,23. p. 177 Orelli. – Fr. 54, pr. D., *de heredit. petit.* 5, 3. – Fr. 31, pr. D., *soluto matrimonio* 24, 3. – Fr. 41, D., *de iure fisci* 49, 14. – L. 1, C., *de hereditate vendita* 4, 39, et ci-après, t. III, 412 *in fine*. — Cf. Fr. 2. 3, D., *de bonis damnatorum* 48, 23.

[31] GAIUS, IV, 146.

[32] Fr. 2, § 8. 9. D., *pro emtore,* 41, 4. – L. 16, C., *de rescindenda venditione* 4, 44. – L. 4. 5, C., *de fide hastæ* 10, 3.

[33] ULPIEN, XIX, 2. 17.

[34] *Voy.,* ci-dessus, n° 177, et ci-après, t. III, § 400, notes 5. 10.

[35] § 4, I., *de donationibus* 2, 7. – Pr. I., *de succ. subl.* 3, 12. – *Voy.* ci-après, t. III, § 336.

[36] *Voy.* ci-après, § 106, A, 1; et t. III, §§ 322. 422. 427.

† GAIUS, II, 66-69. – § 11-19, I., *de rerum divisione et adquirendo earum dominio* 2, 1.

[1] (§ 12, I., *h. t.*) GAIUS, Fr. 8, pr. D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. « Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur ». Cette proposition est absolue dans le droit nouveau; mais il est peu probable que, dans l'origine, la simple occupation ait donné la propriété romaine de toutes les *res nullius*. Cf. ci-après, notes 21. 26; § 101, notes 7. 8, et ce que nous dirons de l'ancienne *usucapio pro herede,* ci-après, § 110, notes 24 sqq., et t. III, § 411.

pose donc toujours une *res nullius* dans le sens que nous avons indiqué ci-dessus, § 25, note 23, savoir une chose qui, tout en étant dans le commerce, n'a point de maître, soit qu'elle n'en ait jamais eu, soit que l'ancien maître l'ait abandonnée.

L'occupation peut s'appliquer :

1° Aux immeubles qui naissent par une force naturelle sans être l'accession d'une propriété déjà existante, par exemple, les îles qui se forment dans la mer [2].

2° Aux choses mobilières qui ont le même caractère, par exemple, les pierres, les perles et autres objets qui se trouvent au fond ou sur les bords de la mer [3].

3° Aux animaux sauvages qui n'ont pas de maître [4]. On en devient propriétaire dès qu'on s'en est emparé, et il faut ici appliquer toutes les règles que nous avons données sur la prise de possession aux §§ 84 et 85 [5]. Il importe peu que ce soit sur notre fonds ou sur le fonds d'autrui que la capture se soit faite [6]. L'animal pris nous appartiendra, même quand nous aurions chassé sur le terrain d'un autre malgré sa défense expresse (car il n'y a aucun rapport entre la propriété du terrain et la propriété de l'animal); sauf au maître du terrain à nous poursuivre du chef de la lésion que nous avons pu lui faire subir [7]. — Dans nos sources, on examine, à l'égard de plusieurs animaux, la question de savoir s'ils doivent être considérés comme sauvages ou comme domestiques [8]. Cette question est, en effet, d'une grande importance; car les animaux domestiques ne s'acquièrent point par la simple prise de possession : dans quelque endroit qu'ils se trouvent, ils continuent d'être la propriété de leur maître, qui peut les revendiquer contre quiconque les retient [9]. Les animaux appri-

[2] § 22, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 7, § 3, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — On pourrait encore comprendre dans cet ordre d'idées la propriété temporaire que nous acquérons par des constructions faites sur les bords de la mer. *Voy.* ci-dessus, § 25, note 17, et ci après, § 123, note 2.

[3] § 18, I., *eodem.* – Fr. 5, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 2. 6, D., *de a. r. d.* 41, 1. – Fr. 1, § 1, D., *de adq. possess.* 41, 2.

[4] Dans deux passages du Digeste, les animaux sauvages paraissent n'être pas considérés comme *res nullius*. Nous expliquerons cette anomalie apparente, quand nous traiterons du droit d'usufruit, ci-après, § 126.

[5] § 12-16, I., *eodem.* – Fr. 1. 5. 55, D., *de a. r. d.* 41, 1. – Fr 3, § 14. 15, D., *de adquirenda possess.* 41, 2.

[6] § 12, I., *eodem.* – Fr. 3, § 1. Fr. 5, § 3, D., *de a. r. d.* 41. 1, et surtout le Fr. 55, D., *eodem.*

[7] Nous n'avons point le droit d'entrer, sans permission, sur le fonds d'autrui (Fr. 16, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. – L. 11, C., *de servitutibus* 3, 34) ; cependant pareille usurpation ne nous rend passible d'une action qu'en tant qu'elle implique un préjudice matériel, autorisant l'emploi d'un interdit possessoire, d'une action négatoire, etc., ou bien une lésion de la personnalité du propriétaire, suffisante pour lui donner l'*actio iniuriarum.* Cf. ci-dessus, § 89, B, et ci-après, § 121, notes 1-4 ; t. II, § 272, notes 27 sqq. Il va de soi que dans le cas où nous employons la force, nous nous exposons aux peines comminées contre la violence.

[8] § 12. 14-16, I., *eodem.*

[9] § 16, I., *eodem.* – Fr. 5, § 6, D., *de a. r. d.* 41, 1. – *Voy.* aussi Fr. 55, D., *eodem.*

voisés sont assimilés aux animaux domestiques tant qu'ils ne reprennent pas leur liberté naturelle [10].

4° Aux choses abandonnées, *res derelictæ* [11]. Les choses perdues ou jetées à la mer pour le salut du navire ne sont point considérées comme abandonnées, et la personne qui s'en empare sciemment, avec l'intention de les garder, commet un vol [12].

5° Celui qui trouve un trésor en acquiert la propriété par moitié à titre d'occupation. L'autre moitié est considérée comme accessoire du fonds où le trésor a été trouvé [13]. Si le fonds n'a pas de maître, par exemple, s'il est *sacer* ou *religiosus*, le trésor appartient en entier à celui qui le trouve [14]. On entend par trésor toute chose de valeur cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier d'un droit de propriété. Pour que l'inventeur ait droit au trésor, il faut que la découverte ait été faite par le pur effet du hasard [15]. Si elle a eu lieu à la suite de fouilles faites à dessein, la chose trouvée appartient en entier au propriétaire du fonds [16].

6° Il nous reste à parler d'un cas particulier d'occupation qu'on désigne par le nom de *occupatio bellica* * [17]. D'après les idées romaines, les peuples étrangers étaient considérés comme étant sans capacité de droit. Des traités avec la république pouvaient leur rendre plus ou moins de capacité; mais la guerre les en privait toujours. Il en résultait que tout ce qui appartenait à un peuple ennemi se trouvait de droit sans maître, et était, par conséquent, susceptible d'être acquis par occupation [18]. Les conquêtes que les armées de la république faisaient sur l'ennemi étaient

[10] GAIUS, II, 68. — § 15, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 5, § 5, D., *de a. r. d.* 41. 1. — Fr. 5, § 15, D., *de adq. possess.* 41, 2. — Fr. 37, D., *de furtis* 47, 2.

[11] Fr. 13, D., *pro derelicto* 41, 7. Ajoutez § 46. 47, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 58, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 17, § 1, D., *de adq. poss.* 41, 2.

[12] § 48, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 9, § 8. Fr. 58, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 21, § 1. 2, D., *de adq. poss.* 41, 2. — Fr. 2, § 8. Fr. 8, D., *ad legem Rhodiam de iactu* 14, 2. — Fr. 43, § 4. 11, D., *de furtis* 47, 2.

[13] Cette règle doit son origine à une constitution d'Adrien, § 39, I., *de rer. div.* 2, 1. Avant Adrien, il paraît que le fisc s'attribuait les trésors. SUÉTONE, *Néron*, 31. — TACITE, *Ann.*, XVI, 1. La loi d'Adrien fut modifiée par Antonin le Pieux et Vérus, *Divi fratres* (Fr. 3, § 10, D., *de iure fisci* 49, 14), par Constantin (L. 1, Th. C., *de thesauris* 10, 18), par Gratien, Valentinien et Théodose (L. 2, Th. C., *eodem*); enfin, l'empereur Léon rétablit la loi d'Adrien, avec la modification que celui qui aurait employé des sortiléges serait déchu de tout droit au trésor. L. 1. I. C., *de thesauris* 10, 15. — *Voy.*, sur ces changements législatifs, SCHRADER, ad § 39, I., *de rerum divisione* 2, 1.

[14] § 39, I., *cité*. — La constitution des *Divi fratres* (Fr. 2, § 10, D., *cité*) d'après laquelle, dans ce cas, la moitié appartiendrait au fisc, fut abolie par la loi de Léon.

[15] Fr. 31, § 1, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1.

[16] L. 1, C., *de thesauris* 10, 15.

[17] *Voy.* en général, sur cette matière, ci-dessus, n° 67, et les textes qui y sont cités.

[18] Le principe est énoncé dans les passages suivants de nos sources : GAIUS, II, 69. IV, 16 in f. — § 17, I., *h. t.* — Fr. 5, § 7. Fr. 51, § 1, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 1, § 1. Fr. 5, § 21 D., *de adq. poss.* 41, 2.

acquises à la nation et lui appartenaient en propre [19]. Ce principe était absolu pour le sol [20], mais il s'appliquait également aux choses mobilières, y compris les prisonniers de guerre : les métaux et autres objets étaient déposés dans le Trésor, le reste du butin se vendait par les soins des questeurs pour le compte de l'État [21]. Habituellement cependant on distribuait à l'armée une partie du butin ou du produit de la vente [22], et le chef retenait toujours une récompense importante *imperatorio iure* [23]. Ainsi l'on agissait conformément au vieux droit des Quirites, et il est inutile de faire observer que les choses que le soldat recevait de la nation même étaient siennes d'après le même droit. Il en était autrement des choses de l'ennemi dont les soldats s'emparaient en dehors du service ou ensuite de l'abandon que le général leur avait fait du butin ou de partie du butin [24], chaque soldat acquérait, dans ces cas, directement la propriété de ce qu'il prenait, mais cette acquisition se faisait en vertu du *ius gentium* [25], et il est permis de douter que, dans l'origine, elle ait donné le domaine quiritaire. Cela paraît du moins résulter d'un passage de Cicéron [26]; mais après lui, nous ne rencontrons plus aucune trace de cette restriction. Quant aux biens de l'étranger qui se trouvent sur le territoire romain, le premier

[19] Les conquêtes, faites par les armées de la république. *Voy.*, ci-après, notes 23-26. Cf. GAIUS, IV, 16. « ... Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam iusti dominii, quia maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent : unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur ». Cf. ci-dessus, n° 99, et § 97, note 28.

[20] *Voy.* ci-dessus, n° 67, et Fr. 16, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 97, notes 24. 25, et POLYBE, X, 16. 17. – DENYS D'HAL., VII, 63. – CIC., *in Verrem* II, 1, 21; *ad familiares*, II, 17. – AULU-GELLE, VII, 4. XIII, 24, ainsi que les textes cités à la note suivante et Fr. 31, D., *de iure fisci* 49, 14. —Aussi le soldat qui viole son serment militaire en détournant quelque chose du butin s'expose-t-il à des poursuites disciplinaires et même criminelles. AULU-GELLE, XVI, 4, 2. – Fr. 13, D., *ad legem Iuliam peculatus* 48, 13.

[21] POLYBE, X, 16. – DENYS D'HAL., IV, 24. 50. – TITE-LIVE, III, 10. IV, 29. 34. VI, 4. IX, 37. X, 20. XXVII, 19. XXXV, 1 et *passim*. Bien que pareille distribution fût une simple faveur, les soldats se considéraient cependant comme lésés quand elle ne se faisait pas. TITE-LIVE, II, 42. « (Patres) militem præda *fraudavere* : quidquid captum ex hostibus est, vendidit Fabius consul ac redegit in publicum ». Cf. LE MÊME, III, 31. IV, 53. V, 22. 26. X, 46 et ZONARAS. VII, 20. VIII, 1.

[22] CIC., *in Verrem*, II, 1, 21; *ad familiares*, II, 17. Ce prélèvement s'appelait *manubiæ*, terme qui, au reste, a encore diverses autres significations. CIC. *in Verrem* II, 1, 59. II, 3, 80; *in Rullum* I, 4. II, 23 et *passim*. Cf. SUÉTONE, *Vespasien*, 16. ... manubias et rapinas... » – AULU-GELLE, XIII, 24, 1-6.

[23] CIC., *de invent. rhetor.* I., 45. « ... Si dici possit ex hostibus equus esse captus, cuius prædæ sectio non venierit... » – TITE-LIVE, VI, 4. IX, 31. 37.

[24] GAIUS, II, 69. – § 17, I., *h. t.* – Fr. 5, § 7, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1.

[25] *Voy.* le passage de CIC., *de invent. rhet.* I, 54, transcrit à la note 23. Si, en effet, on doutait qu'un cheval, provenant d'une *præda cuius sectio non venit*, pût être qualifié de *captus ex hostibus*, quel titre l'occupant aurait-il pu invoquer pour revendiquer le cheval en affirmant *suum esse ex iure Quiritium?*

[26] Fr. 51, § 1, D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. « Et quæ res hostiles *apud nos* sunt, non publicæ, sed occupantium fiunt ». – Cf. Fr. 12, pr. D., *de captivis* 49, 15. « .... Verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos iam hostes suo facto deprehenduntur.... ».

venu peut s'en emparer dès le moment où la guerre a éclaté [27]. — Ces principes rigoureux étaient, au reste, appliqués avec une réciprocité parfaite : les Romains se considéraient eux-mêmes comme étant sans droits vis-à-vis de leurs ennemis. Le Romain fait prisonnier de guerre perdait la liberté civile, les biens pris par l'ennemi cessaient d'appartenir aux citoyens qui en avaient eu la propriété [28]. Mais quel était le sort des prisonniers de guerre et des biens que l'armée romaine reprenait sur l'ennemi? Si l'on raisonne rigoureusement, ces objets, ayant appartenu à l'ennemi et étant, par conséquent, *res nullius*, auraient dû être soumis à l'occupation; par suite le citoyen délivré et les biens repris seraient devenus la propriété soit de l'État, soit du soldat occupant. Cependant, il eût été contraire à toute idée de justice, et même à l'intérêt bien entendu de l'État, de réduire en esclavage le citoyen qui était devenu victime de son dévouement pour la patrie. On considérait donc le prisonnier qui parvenait à s'échapper des mains de l'ennemi comme n'ayant jamais été esclave: il recouvrait tous les droits qu'il avait eus avant la captivité [29]. Cette fiction qu'on appelle *ius postliminii* [30], d'abord introduite en faveur de la liberté personnelle, fut par la suite étendue à la propriété des immeubles et de certaines choses mobilières [31]. Si l'armée reprenait les immeubles, ou si ces choses mobilières revenaient d'une manière quelconque au pouvoir des Romains ou d'une puissance alliée, la propriété en retournait de plein droit à celui qui l'avait eue au moment où l'ennemi s'en était emparé [32].

[27] *Voy.* ci-dessus, nº 67; ci-après, § 123, I, et t. III, § 333, nº 1.

[28] Fr. 5, § 2, D., *de captivis et de postliminio et redemtis ab hostibus* 49, 15.

[29] Gaius, I, 129. — § 5, I., *quibus modis ius potestatis solvitur* 1, 12. — Fr. 5, § 1. 2. Fr. 19, pr. D., *de captivis et de postliminio* 49, 15. — D'après Cicéron, *topica*, 8, il y avait controverse sur l'étymologie du mot *postliminium*. Q. Mucius Scævola le croyait composé de *post* et *limen;* Servius le faisait dériver de *post*, en considérant les syllabes *liminium* comme une simple terminaison. *Voy.* aussi Festus, v. *Postliminium*, et § 5, I., *cité*.

[30] Cicéron, *topica*, 8. « Postliminio redeunt hæc : homo, navis, mulus clitelarius, equus, equa, quæ frena recipere solent ». — Festus, v. *Postliminium*. — L. 19, C., *de postliminio* 8, 51. « .... recepturos iure postliminii ea quæ in agris, vel mancipiis (seu aliis rebus) ante tenuerunt, etsi a fisco nostro possideantur... » — Les armes étaient exceptées du *postliminium*, parce qu'on considérait comme honteux de les perdre. Fr. 2, § 2, D., *eodem* 49, 15. Quant aux autres choses mobilières reprises sur l'ennemi, nous voyons qu'on avait l'habitude, au moins du temps de la république, de les rendre aux anciens propriétaires (Romains et alliés) qui les réclamaient, et de les exposer publiquement pour faciliter les réclamations. Tite-Live, III, 10. IV, 29. X, 20. XXXV, 1.

[31] Fr. 19, pr. D., *de captivis* 49, 15. « Postliminium est ius amissæ rei recipiendæ ab extraneo, et in statum pristinum restituendæ, inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. Nam, quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc, si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Idque naturali æquitate introductum est, ut, qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos rediisset, pristinum ius suum reciperet ». — Fr. 14, pr. D., *eodem*. « Cum duæ species postliminii sunt, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus... ». Quand une chose (mot qui comprend aussi l'ancien citoyen devenu prisonnier de guerre) avait été rachetée de l'ennemi, le propriétaire (ou le prisonnier) ne reprenait ses droits qu'à la charge de rembourser

§ 99. II. *De la spécification* †.

Par ce terme moderne on désigne l'opération au moyen de laquelle nous confectionnons avec la matière d'autrui un objet nouveau dans l'intention de l'avoir pour nous [1]. Les Romains disent *ex aliena materia speciem aliquam facere* [2].

A qui le nouvel objet, la nouvelle espèce appartiendra-t-elle, au maître de la matière ou au spécificateur? Il y avait eu à cet égard controverse entre les deux écoles. Les Sabiniens la conservaient au premier, parce que, d'après eux, l'objet nouveau n'était qu'une modification de la matière. Les Proculéiens, au contraire, l'attribuaient au spécificateur, parce que, disaient-ils, c'est son travail qui a produit l'objet nouveau [3]. Justinien décida la controverse en adoptant une opinion mitoyenne dont la trace se trouve déjà chez Pomponius [4]. Dans le droit nouveau, la spécification est régie par les principes suivants :

Si l'objet nouveau peut reprendre sa première forme, il appartiendra au maître de la matière; dans le cas contraire, au spécificateur. Ce dernier en deviendra toujours propriétaire, s'il a employé en partie de la matière qui lui appartenait [5].

à l'acheteur le prix de rachat; en attendant la chose (ou l'homme) restait au pouvoir de ce dernier à titre de gage. Fr. 12, § 7. 8. D., *eodem.* — *Voy.* en général sur cette matière, tit. D., *de captivis et de postliminio et redemtis ab hostibus* 49, 15. – Tit. C., *de postliminio reversis et redemtis ab hostibus* 8, 51, et ci-après, § 125, I; t. III, § 319, nº 2; § 332, nº 1; § 335, nº 1; § 339, nº 4.

† Gaius, II, 79. – § 25, I., *de rerum divisione et adquirendo earum dominio* I, 2.

[1] L'intention de faire l'opération pour nous, *nostro nomine*, est de rigueur; car si nous la faisons au nom d'un autre, c'est à lui que la propriété est acquise. Fr. 25. 27, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

[2] Fr. 7, § 7, D., *eodem.* « Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit... » Dans le Fr. 12, § 1, D., *eodem,* la locution *speciem aliquam facere* est cependant employée dans un sens quelque peu différent et plus vague.

[3] Gaius, II, 79. « ... Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant; id est, ut, cuius materia sit, illius et res quæ facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversæ scholæ auctoribus visum est ». – § 25, I., *h. t.* – Fr. 7, § 7, D., *de a. r. d.* 41. 1. — C'est évidemment par une négligence des rédacteurs du Digeste, que le Fr. 61, D., *de rei vind.* 6, 1, reproduit encore l'opinion des Sabiniens, formellement rejetée par Justinien et par le Fr. 26, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1. (*Voy.* ci-après, note 6). Il en est de même de la considération qui termine le Fr. 12, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4.

[4] Fr. 5, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. « Idem (Pomponius) scribit *rel.* » Cf. Fr. 24, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[5] § 25, I., *de rer. div.* 2, 1. Cf. Théophile, *ad h. l.,* et *ad* II, 9, 6. *Voy.* aussi Fr. 24, D., *de a. r. d.* 41, 1, où il faut nécessairement supprimer la négation *non* reverti. Le Fr. 5, § 1, *verb.* Sed si D., *de rei vind.* 6, 1, paraît contradictoire avec la dernière partie de la décision du § 25, I., *cité.* Il n'en est pas de même des Fr. 3, § 2. Fr. 4, D., *de rei vind.* 6, 1, et Fr. 12, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1, que l'on peut entendre du cas où le mélange et la spécification ont eu lieu par un fait indépendant de la volonté des deux maîtres.

La raison juridique de l'acquisition par spécification, c'est que les Romains considéraient la chose transformée comme ayant cessé d'exister et, par conséquent, le droit de propriété qu'on avait sur elle comme éteint. Le spécificateur fait, pour ainsi dire, un acte d'occupation de la chose nouvelle qui vient de naître [6].

La chose nouvelle a donc été créée par le spécificateur et c'est à ce titre qu'elle doit lui appartenir [6].

Au reste, quelque précise que soit la règle de Justinien, elle ne laisse pas que de présenter des difficultés dans l'application, par la raison que, dans un cas donné, il peut y avoir doute sur la question de savoir si la modification qu'on a fait subir à une chose doit être considérée comme spécification; en d'autres termes, si le produit du travail est une espèce nouvelle [7]. Plusieurs cas douteux sont décidés dans les Institutes et dans le Digeste [8].

Observation. Dans la spécification, il y a toujours quelqu'un qui perd, soit le propriétaire de la matière qui perd la chose, soit le spécificateur qui perd sa peine et sa main-d'œuvre. Comme personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, cette perte entraînera une obligation à la charge de celui qui gagne. C'est dans le livre des Obligations que nous devrions traiter des prétentions qui, de ce chef, appartiennent à l'une ou à l'autre des deux parties. Il n'est cependant pas hors de propos d'indiquer ici les moyens que la loi donne à l'effet de recouvrer l'indemnité qui peut être due : 1° Si c'est le propriétaire qui acquiert l'espèce nouvelle et gagne ainsi la main-d'œuvre, il est tenu d'indemniser le spécificateur, pourvu que celui-ci ait agi de bonne foi, c'est-à-dire ignorant que la chose appartenait à autrui. Toutefois le spécificateur n'a point d'action pour obtenir le payement de l'indemnité, par la raison que ce n'est point le fait du propriétaire qui lui a causé le dommage [9]; la loi ne lui donne qu'un *ius retentionis* jusqu'à concurrence de ce que la chose a gagné de valeur, droit qu'il peut faire valoir au moyen d'une *exceptio doli* contre la revendication

[6] Gaius, Fr. 7, § 7, D., *de a. r. d.* 41, 1. « ... quia, quod factum est, antea nullius fuit. » — Fr. 26, pr. D., *eodem.* « Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupressum aut lanam corpus fieri ». — Fr. 9, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4. « Nam mutata forma prope interimit substantiam rei ».

[7] Par exemple, la peinture d'un tableau est considérée comme spécification, mais non pas l'opération vulgaire d'appliquer des couleurs sur une surface, pas plus que le fait d'écrire sur le parchemin ou le papier d'autrui, § 34, I., *de rerum div.* 2, 1. — Fr. 9, § 2. Fr. 26. § 3, D., *de a. r. d.* 41, 1. Cf. ci-après, § 103, note 9.

[8] D'après Gaius, II, 79 et § 25, I., *h. t.*, l'opération de battre le grain constituerait une spécification, *e spicis frumentum facere;* mais cette solution, évidemment erronée, est repoussée par le même Gaius, Fr. 7, § 7, D., *de a. r. d.* 41, 1. « qui excussat spicas, non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit ».

[9] Arg. Fr. 33, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 14, D., *de doli mali except.* 44, 4. — Cf. ci-après, § 102, note 10; § 103, note 13.

du propriétaire [10]. Le spécificateur qui a agi de mauvaise foi n'a droit à rien [11]. — 2° Si c'est le spécificateur qui acquiert l'espèce nouvelle et gagne ainsi la matière, il faut également distinguer s'il a été de bonne ou de mauvaise foi [12]. Dans le dernier cas, il est tenu de tout dommage sans restriction, et peut être poursuivi par diverses *in factum actiones* [13], voire même par les actions de vol si l'acte coupable réunit les conditions constitutives du délit de vol [14]. Que si, au contraire, le spécificateur a agi de bonne foi, il n'est, à la vérité, coupable d'aucun fait envers le maître de la matière [15]; cependant on a cru équitable d'accorder à celui-ci une revendication utile, à condition d'indemniser le spécificateur de son travail, sauf à ce dernier à rendre l'action inefficace en offrant de rembourser la valeur de ce dont il se trouve enrichi par suite de la spécification [16].

§ 100. III. *De l'accession. — Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose* †.

Les modernes appellent droit d'accession le principe en vertu duquel tout ce qui vient de notre chose ou s'y unit de manière à ne faire qu'un

[10] Ce qui suppose naturellement que le spécificateur se trouve en possession de la nouvelle espèce. Fr. 23, § 4, D., *de rei vindicatione* 6, 1. Cf. ci-après, § 120, note 20.

[11] Gaius, II, 78 in f. — § 34, *verb.* Quo casu I., *h. t.* — L. 5. *verb.* Cum malæ fidei possessores C., *de rei vindicatione* 3. 32, note 20.

[12] D'après quelques auteurs, la spécification opérée de mauvaise foi n'aurait jamais pour effet d'enlever au maître de la matière son droit de propriété. Mais cette opinion est incompatible avec le principe fondamental de la matière (ci-dessus, note 6) et avec les décisions citées ci-après, notes 13 et 14. Cf. Fr. 29, § 1, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. La conclusion qu'on veut tirer des Fr. 13. 14, § 3, D., *de cond. furtiva* 13, 1; Fr. 4, § 20, D., *de usurp.* 41, 3, et Fr. 52, § 14, D., *de furtis* 47, 2, combinés avec Fr. 1, D., *de condict. furtiva* 13, 1, trouvera sa réfutation ci-après, t. II, § 269. Quant à la phrase finale du Fr. 12, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4, elle n'a point le sens précis qu'on lui donne pour la faire servir d'argument dans notre question.

[13] L'ancien propriétaire a d'abord une *condictio* appelée *ob iniustam causam. Voy.* ci-après, t. II, § 276 *in fine*, et § 277 *in f.* Il peut aussi, le cas échéant, avoir l'action de la loi *Aquilia ob damnum iniuria datum.* Fr. 27, § 14 *in f.* D., *ad legem Aquiliam* 9, 2, et ci-après, t. II, § 271. Enfin, comme c'est par son dol qu'il a cessé d'être possesseur de l'ancienne chose, *dolo desiit rem possidere*, il est passible d'une revendication utile et de l'*actio ad exhibendum.* Fr. 9, § 3. Fr. 12, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4, et ci-après, § 118, notes 24-28; t. II, § 285.

[14] Gaius, II, 79 in fine. — § 26. 34 *in f.* I., *h. t.* Fr. 13. 14, § 3, D., *de condict. furtiva* 13. 7. — Fr. 52, § 14, D , *de furtis* 47, 2. — Cf. ci-après, t. II, § 269.

[15] *Voy.* ci-après, t. II, § 277 *in fine.*

[16] Cette action est, en effet, accordée au propriétaire de la planche ou de la toile contre le spécificateur qui, au moyen de la peinture, a transformé ces matériaux en tableau. Gaius, II, 78. — § 34, I., *h. t.*, et Théophile *ad h. t.* — Gaius, Fr. 9, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1, Cf. ci-après, § 102, note 9. — Nous voyons ainsi la revendication intentée par le non-propriétaire contre le propriétaire, ce qui paraît une abnormité impossible. Nous expliquerons l'énigme ci-après, § 118, obs. 1, et t. II, § 199, obs. 1, où nous verrons que l'action dont il s'agit est, au fond, une action personnelle qu'on a revêtue de la forme réelle pour la rendre possible.

† Gaius, II, 74. 75. — § 19. 32. 37, I., *de rerum divisione et acquirendo earum dominio* 2, 1

avec elle nous appartient, par cela seul que nous sommes propriétaire de la chose principale, sans qu'il faille distinguer si c'est par notre fait ou par un fait auquel nous sommes étranger que l'accession a été opérée. *Accessio cedit principali* [1]. En traitant de cette matière, nous aurons d'abord à nous occuper de ce qui est produit par la chose, ensuite de ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose principale de manière à ne faire qu'un avec elle. Dans cette dernière catégorie, nous aurons à distinguer l'accession d'immeuble à immeuble, l'accession de choses mobilières à un immeuble, et enfin l'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière [2].

Ce qui est produit par une chose n'est que l'accession de la chose. Ainsi tous les fruits naturels, tant du règne animal que du règne végétal, appartiennent de plein droit au propriétaire de la chose qui les a produits [3]. Il n'importe que ce soit par son fait ou par toute autre cause que les fruits aient été produits [4]. Toutefois, quand la production est due au fait d'une autre personne, celle-ci peut avoir droit à une indemnité, si elle a agi de bonne foi [5]. — Ce que l'esclave produit appartient également au maître en vertu du droit d'accession. C'est sur le même principe qu'est fondée la règle du droit romain, que tout ce que les membres d'une famille acquièrent est acquis au chef de la famille [6].

§ 101. *Accession d'immeuble à immeuble* †.

Toutes les accessions, appartenant à cet ordre d'idées, sont produites par des changements naturels qui s'opèrent dans le cours d'un fleuve public [1].

1. *Alluvio*. Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains, de même que les

[1] Cet adage se trouve au Fr. 19, § 13, D., *de auro argento legatis* 34, 2. — Les auteurs modernes disent ordinairement : *Accessorium sequitur suum principale* *.

[2] Nous ne parlons pas de l'accession d'un immeuble à une chose mobilière, par la raison que l'immeuble est toujours le *principale*.

[3] *Voy.* les textes de la note suivante. Ce principe subit, au reste, des modifications par suite de circonstances extrinsèques, qui peuvent provenir de certains rapports obligatoires existant entre le propriétaire et d'autres personnes, ou de diverses autres causes. *Voy.* ci-après, § 108.

[4] Gaius, II, 74. 75. — § 19. 32. 37, I., *h. t.* — Fr. 5, § 2. Fr. 44, D., *de rei vind.* 6. 1. — Fr. 25. 28, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 2. 6. 26. 66, D., *de a. r. d.* 41, 1. — L. 7, C., *de rei vind.* 3, 32. — L. 2, C., *de quadriennii præscriptione* 7, 37.

[5] Elle ne peut faire valoir ce droit que si elle possède la chose, en opposant à la revendication le *ius retentionis* au moyen de l'*exceptio doli*. Gaius, II, 75. 76. — § 32, I., *h. t.* — Fr. 9, pr. D., *de a. r. d.*, 41, 1. *Voy.* ci-après, § 120, note 20.

[6] *Voy.* ci-après, t. III, §§ 325. 330. 334. 338 sq.

† Gaius, II, 70. 71. 72. — § 20-24, I., *de rerum divisione et adquirendo earum dominio* 2, 1.

[1] Le principe d'accession ne s'applique ni à la mer, ni aux lacs et étangs. (Fr. 7, § 3, D., *de a. r. d.* 41, 1) § 22. I., *h. t.* « Insula, quæ in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit ; nullius enim esse creditur » et ci-dessus, § 98, note 2. — Fr. 12, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1.

relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement d'un fleuve ou d'une rivière, appartiennent aux propriétaires de ces fonds [2].

2. *Insula in flumine nata.* Si une île se forme au milieu d'un fleuve, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés en proportion de l'étendue de leurs terrains à partir d'une ligne imaginaire qui sépare le fleuve en deux parties égales. Si l'île est entièrement d'un côté de cette ligne, elle appartient exclusivement aux riverains du côté où elle se trouve [3]. — Si le fleuve, en se divisant dans un endroit en deux branches et en se réunissant plus bas, réduit en forme d'île le champ d'un particulier, ce champ continue d'appartenir à son ancien maître [4].

3. *Alveus fluminis derelictus.* Si un fleuve abandonne en entier son lit ordinaire, le lit abandonné appartient aux propriétaires riverains d'après les mêmes règles que l'île qui se forme dans un fleuve. Le nouveau lit devient *res publica* [5]. On suit le même principe si le fleuve abandonne son nouveau lit, quand même ce serait pour reprendre l'ancien [6].

Les trois modes d'acquisition que nous venons d'exposer se rapportaient aux *agri arcifinii*, dont les limites ne sont pas tracées par un mesurage authentique, mais données par la conformation physique du sol [7]. Ils ne souffraient point application aux *agri limitati*, dont les limites sont fixées par les arpenteurs publics [8]. Le terrain qui peut s'y joindre était

[2] Gaius, II, 70. 72. – § 20, I. *h. t.* – Fr. 7, § 1 sqq. Fr. 12, pr. Fr. 16. 29. 30, pr. § 1. 2. 3. Fr. 38. 56, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1. – Tit. C., *de alluvionibus* 7, 41. – Cf. Fr. 16, D., *de legatis III* (32).

[3] Gaius, II, 72. – § 22, I., *h. t.* – Fr. 7, § 3. 4. Fr. 29. 30, pr. § 2. 3. Fr. 56. Fr. 65, § 1. 2. 3, D., *de a. r. d.* 41. 4. – Fr. 1, § 6. 10, D., *de fluminibus* 43, 12. Cf. Fr. 1, § 7, D., *eodem* et Fr. 16, D., *de legatis III* (38). — Les îles flottantes sont considérées comme faisant partie du fleuve, c'est-à-dire, comme *res publicæ*. Fr. 65, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1. Quelques auteurs rapportent au même ordre d'idées le § 4 du même fragment. « Labeo libro eodem : Si id, quod in publico innatum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet. » Mais il est préférable de considérer cette proposition de Labéon comme un argument *ad absurdum*, analogue à celui d'Ulpien, au Fr. 3, pr. D., *uti possidetis* (ci-dessus, § 90, note 27), et dont le sens est : « Si l'on veut soutenir que tout ce qui naît ou se construit dans un lieu public est public, il faut en dire autant de l'île qui se forme dans un fleuve public. » Cf. ci-dessus, § 25, notes 16 sq.

[4] § 22 in f., I., *h. t.* – Fr. 7, § 4, D., *de a. r. d.* 41, 1. – Fr. 1, § 10, D., *de flum.* 43, 12.

[5] § 23. 24, I., *h. t.* – Fr. 7, § 5. 6. Fr. 30, § 2. Fr. 38. 56, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1. – Fr. 1, § 7, D., *de fluminibus* 43, 12. — Une simple inondation n'a pas pour effet de rendre *public* le terrain inondé. § 24, I., *h. t.* « Alia causa est, si cuius totus ager inundatus fuerit ; neque enim inundatio fundi speciem commutat. Et ob id, si recesserit aqua, palam est eum fundum eius manere, cuius et fuit. » — Fr. 7, § 6. Fr. 30, § 2, D., *de a. r. d.*, 41, 1.

[6] Il serait sans doute plus équitable de rendre le lit abandonné aux anciens propriétaires, comme le dit déjà Gaius, en parlant de la disposition rigoureuse du droit romain : « Vix est, ut id obtineat. » Fr. 7, § 5, D., *cité.* — *Voy.* cependant Fr. 30, § 3, D., *de a. r. d.* 41, 1 et Fr. 23, D., *quibus modis ususfructus amittatur.* 7, 4.

[7] Dès lors, comme les *agri arcifinii* ne constituaient point originairement des propriétés *ex iure Quiritium*, les accessions ne pouvaient non plus avoir ce caractère.

[8] *Voy.* ci-dessus, nos 15. 87. 88.

considéré comme *res nullius* et appartenait par conséquent au premier occupant [9]. Cette distinction, qui résultait de la nature même de ces deux espèces de propriété immobilière, a été confirmée encore par une constitution d'Antonin le Pieux [10]. Au reste, on comprend aisément que de fait le propriétaire d'un *ager limitatus* acquérait presque toujours l'alluvion, parce qu'il lui était plus facile qu'à tout autre de faire acte d'occupation. Aussi, bien que la constitution d'Antonin soit reproduite dans le Digeste, la rédaction générale des autres dispositions de la législation de Justinien nous autorise à considérer ces modes d'accession comme applicables à toute espèce de terrain.

A ces trois modes d'accession d'immeuble, les commentateurs en ajoutent ordinairement un quatrième, qu'ils désignent par le nom d'*avulsio* *. D'après eux, lorsqu'un fleuve enlève par une force subite une partie d'un champ riverain et la porte vers un autre champ, le propriétaire de ce dernier acquiert la propriété de la partie enlevée dès le moment qu'elle s'est jointe à son champ de manière à ne former qu'un avec lui, par exemple lorsque les arbres ont poussé des racines sur son fonds. Cette opinion est fondée sur un passage de Gaius, qui se trouve au Fr. 7, § 2, D., *de adquirendo rerum dominio* [11]. Mais il est plus que probable que la leçon de ce fragment, qui a fait naître la théorie des commentateurs, est erronée. Si on lit avec le manuscrit de Florence *acquisita esse videtur*, cette théorie est incontestable. Mais il est à remarquer qu'au § 21, I., *de rerum divisione*, 2, 1, qui est la reproduction littérale du fragment cité du Digeste, nous lisons *adquisitæ esse videntur* [12], c'est-à-dire que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée s'est jointe n'acquiert point cette partie même, mais seulement les arbres qui ont pris racine dans son champ, décision qui est entièrement conforme aux principes généraux [13]. La même chose est enseignée par Théophile, et Gaius dans ses commentaires se borne à dire que la partie enlevée continue d'appartenir à l'ancien propriétaire [14]. Ce qui fait cesser le doute, c'est que les *scriptores rei*

[9] Mais probablement pas *ex iure Quiritium*.

[10] FLORENTIN, Fr. 6, D., *de a. r. d.* 41, 1. Cf. ULPIEN, Fr. 1, § 7, D., *de fluminibus* 43, 12.

[11] GAIUS, Fr. 7, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1. « Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et meo prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse. » Nous donnons ici ce passage d'après le manuscrit de Florence; la Vulgate lit vers la fin *videntur meo fundo adquisitæ esse.*

[12] Le passage des Institutes est presque littéralement calqué sur le passage cité du Digeste; seulement la fin est conforme à la leçon de la Vulgate. — Les manuscrits des *Basiliques* L, 6, 2, présentent la même variété de leçons que ceux du Digeste : *ἐμὸν scil. μέρος*, et *ἐμὰ scil. δένδρα.* HARMENOPOULOS, II, 1, 31, se borne à reproduire la première phrase du Fr. 7, § 2, D., *cité.*

[13] *Voy.* ci-après § 102, note 2, et une décision analogue à notre espèce, au Fr. 9, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2.

[14] GAIUS, II, 71, dit tout simplement : « Quod si flumen partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et ad meum prædium attulerit, hæc pars tua manet ».

agrariæ disent de la manière la plus précise que nous ne perdons point la propriété d'une partie reconnaissable de terre qui a été enlevée de notre champ par la force subite d'un fleuve [15].

Observation. Comme, dans les hypothèses dont nous venons de parler au paragraphe qui précède, l'acquisition de la propriété est la conséquence d'une force majeure qui se produit sans que l'acquéreur y coopère de son côté, le propriétaire qui perd par l'accession ne peut avoir aucun recours contre ce dernier [16].

§ 102. *Accession de choses mobilières à un immeuble* †.

Dans le cas d'accession de choses mobilières à un immeuble, il est évident que l'immeuble doit être considéré comme la chose principale, et que, par conséquent, la chose mobilière doit suivre l'immeuble.

Dans cet ordre d'idées, nous avons d'abord à rappeler que le trésor trouvé dans notre fonds nous appartient pour moitié en notre qualité de propriétaire du fonds, l'autre moitié étant attribuée à l'inventeur [1].

Ensuite nous avons à nous occuper de deux hypothèses que les commentateurs désignent par les termes *implantatio* * et *inædificatio* *.

A) Quelqu'un a planté des arbres, vignes, etc., dans mon terrain ou bien j'ai planté dans mon terrain des arbres, vignes, etc., d'autrui. Dans les deux hypothèses, ces plantes m'appartiendront dès qu'elles auront la qualité d'accessoires, c'est-à-dire dès qu'elles auront pris racine dans mon terrain [2]. C'est par le même motif qu'un arbre placé près des limites

[15] *Gromatici*, p. 17, 5 (56 sq. Goës.). « Circa Padum autem cum ageretur, (quod flumen torrens et aliquando tam violentum decurrit ut alveum mutet, et multorum late agros trans ripam, ut ita dicam, transferat, sæpe etiam insulas efficiat), Cassius Longinus, vir prudentissimus, iuris auctor, hoc statuit, ut quidquid aqua lambendo abstulerit, id possessor amittat, quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet : Si vero maiore vi decurrens alveum mutasset, *suum quisque modum agnosceret*, quia non possessoris negligentia, sed tempestatis violentia abreptum apparet. » *Voy.* aussi *ibidem*, p. 82, 22 (69 Goës.).

[16] Arg. Fr. 7, § 5, in f. D., *de a. r. d.* 41, 1, combiné avec § 23 in f. I., *eodem*, et Fr. 9, § 2, D., *de damno infecto* 39, 2. C'est à tort qu'on invoque pour l'opinion contraire le Fr. 4, § 2, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Ea quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt ». Il s'y agit de choses mobilières apportées sur notre terrain par la violence du fleuve. *Voy.* ci-après, t. II, § 277 *in fine*.

† Gaius, II, 73-76. — § 29-32, I., *de rerum divisione et adquirendo earum dominio* 2, 1.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 98, n° 5.

[2] Gaius, II, 74. 75. 76. — § 31. 32, I., *h. t.* — Fr. 5, § 3. Fr. 53, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, § 13. Fr. 9, pr. Fr. 26, § 2, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 22, pr. D., *quod vi aut clam* 43, 24. — Fr 6, § 2, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7. — L. 11, C., *de rei vind.* 3, 32. La propriété née de cette espèce d'accession subsiste, alors même que la plante cesserait d'être l'accessoire du fonds. Fr. 26, § 2, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. « Arbor radicitus eruta et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit. Et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur : *nam credibile est alio terræ alimento aliam factam.* « Il en est autrement du changement de propriété produit par l'*inædificatio*. Cf. ci-après, notes 4. 7. 9. — Un cas bizarre est

devient commun quand une partie notable de ses racines se nourrit dans le fonds du voisin [3].

B) Dans la seconde hypothèse, qui est plus compliquée, il est nécessaire de distinguer :

1. Quelqu'un bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui. Il est propriétaire du bâtiment et, par conséquent, aussi des matériaux, parce qu'ils ont perdu leur existence propre et qu'ils ont péri en quelque sorte dans le bâtiment [4]. — Il en résulte que celui à qui les matériaux appartenaient ne peut les revendiquer. On lui refuse même l'*actio ad exhibendum*, action par laquelle on peut ordinairement obtenir la séparation de sa chose quand elle se trouve jointe à une autre, et qui appartient à la catégorie des *actiones in rem scriptæ* [5]. Cependant le droit romain lui accorde une action personnelle, *actio de tigno iuncto*, par laquelle il poursuit la double valeur des matériaux contre le constructeur, sans distinguer si celui-ci a agi de bonne ou de mauvaise foi. Le motif de cette anomalie, qui se trouve consacrée par la loi des Douze Tables, est d'intérêt public : on voulait empêcher les démolitions d'édifices [6]. — Si la construction se trouve démolie par la suite, la nécessité physique qui avait eu pour effet de dépouiller le maître originaire de sa propriété n'existe plus : son droit renaît, et il peut dès lors revendiquer ses matériaux,

traité dans le § 31, I., *cité* « Si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in eius fundum radices ageret, Titii effici arborem dicimus ; rationem enim non permittere ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egisset... »

[2] § 31 in f. I., cité. Cette propriété commune est *pro diviso*, c'est-à-dire que chaque propriétaire est *dominus* de la partie de l'arbre qui se trouve de son côté jusqu'à la ligne de séparation des deux fonds, tant que les arbres conservent leur nature immobilière, conséquence de leur caractère accessoire ; séparés du fonds et, par conséquent, devenus meubles, les arbres deviennent communs *pro indiviso* « *et tantam partem utrumque habere... quantam et in terra habebat.* » Fr. 19, D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 83, D., *pro socio* 17, 2. – Fr. 7, § 13. Fr. 8, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

[4] Gaius, II, 73 – § 29, I., *de rerum div.* 2, 1. – Fr. 7, § 10-12. Fr. 28, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. – L. 2. 16, C., *de rei vind.* 3, 32. Cf. Fr. 49, pr. D., *eodem* et Fr. 60, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Mais il importe de faire observer que la nécessité physique qui opère ce changement de propriété peut venir à cesser et que dès lors le droit reprend son empire : *continuo in pristinam causam reverti.* Fr. 59 in f. D., *de rei vind.* 6, 1. *Voy.* ci-après, notes 7. 9 et § 123, I. Cf. ci-dessus, note 2.

[5] Fr. 6, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 98 in f. D., *de solutionibus* 46, 3. – Fr. 1, pr. D., *de tigno iuncto* 47, 3. Cependant si le constructeur a agi de mauvaise foi, il peut être poursuivi comme *fictus possessor* par l'*actio ad exhibendum* ou par la revendication, mais seulement à l'effet de réparer le dommage causé. Fr. 23, § 6, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 1, § 2. Fr. 2, D., *de tigno iuncto* 47, 3. — Cf. ci-après, § 118, notes 25. 26, et t. II, § 285.

[6] § 29, I., *cité.* « Appellatione TIGNI omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. » – Tit. D., *de tigno iuncto* 47, 3. — La loi des Douze Tables montrait la même sollicitude à l'égard du bois employé à la culture des vignobles. Fr. 1, pr. D., *de tigno iuncto* 47, 3. « Lex XII Tabularum *neque solvere permittit tignum furtivum ædibus vel vineis iunctum...* ne vel ædificia sub hoc prætextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur... » – Festus, v. Tignum iunctum ædibus vineæque et concapet, ne solvito. »

pourvu qu'il n'ait pas déjà obtenu satisfaction par l'*actio de tigno iuncto* [7].

2. Quelqu'un bâtit avec ses matériaux sur le terrain d'autrui. Cette opération a naturellement (et par les mêmes motifs que dans le cas précédent) pour effet de donner la propriété des matériaux au maître du sol [8]; cependant si le bâtiment vient à être démoli, le constructeur pourra revendiquer les matériaux [9].

Observation. Les changements de propriété dont nous avons parlé dans le paragraphe qui précède peuvent soulever la question de savoir si la personne qui perd par ces changements a droit à être indemnisée de ce chef. Cette question reçoit des solutions analogues à celles que nous avons données en traitant de la spécification [10], sauf les particularités qui se rencontrent dans l'*inædificatio*. Encore importe-t-il de faire observer qu'en fait le planteur et le constructeur qui perdent leur propriété peuvent avoir une situation plus avantageuse que le spécificateur au cas que leurs plantations et constructions présentent le caractère d'impenses. [11]

[7] § 29. 30, I., *cité*. – Fr. 23, § 6. Fr. 59, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 63, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. – Fr. 7, § 10. 11. 12, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Faisons observer 1° que l'action en revendication ne prend naissance qu'au moment de la destruction de l'édifice et que, par suite, la prescription ne commence à courir qu'à partir de ce moment; 2° que le *b. f. possessor* du bâtiment ne peut usucaper les matériaux tant qu'ils font partie intégrante de la construction. Fr. 23, § 7, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 7, § 10. 11, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. *Voy.* ci-dessus, § 60, note 7, et ci-après, § 113, b.

[8] Gaius, II, 73. – § 30, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 7, § 12, D., *de a. r. d.* 41.

[9] L. 2, C., *de rei vindicatione* 3, 32. — Cependant le § 30, I., *de rer. div.* 2, 1, refuse ce droit à celui qui a bâti de mauvaise foi, *quia voluntate eius alienata videtur materia,* et ce motif se trouve également au Fr. 7, § 12, D., *de a. r. d.* 41, 1. Mais cela n'est pas sérieux : l'opération dont il s'agit ne saurait impliquer l'intention de renoncer aux matériaux, que s'il est certain que *donandi animo ædificia alieno solo imposita sunt,* comme le dit avec raison la L. 2, C., *citée.* Cf. Fr. 59, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 19, § 4. Fr. 55, § 1, D., *locati* 19, 2, et ci-après, § 127, note 3.

[10] Outre les décisions citées ci-dessus, § 99, notes 9-14, et qui peuvent être invoquées ici par analogie, nous mentionnons les suivantes qui se rapportent directement à l'*implantatio* et à l'*inædificatio*. *A*) Si l'opération a été faite par celui qui perd, c'est-à-dire par le propriétaire de la plante ou des matériaux, il n'a aucune action pour obtenir réparation du dommage qu'il subit par son propre fait (Fr. 33, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 14, D., *de doli mali except.* 44, 4); mais il peut user du *ius retentionis,* s'il a agi de bonne foi et qu'il se trouve en possession du fonds. Gaius, II, 76. – § 30. 32. 33, I., *de rerum divisione* 2, 1. – Fr. 38. 48. D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 14, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 33, D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 31, § 2, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. – Fr. 7, § 12. Fr. 9, pr. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. – Fr. 14, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. – L. 5. 11. 16, C., *de rei vind.* 3, 32. — *B*) Si l'opération a été faite par celui qui gagne, c'est-à-dire, par le maître du fonds, le Fr. 5, § 3, D., *de rei vind.* 6, 1, donne à l'ancien propriétaire de la plante une *utilis in rem actio,* action anomale comme celle dont nous avons parlé ci-dessus, § 99, note 16. Quant à l'ancien propriétaire des matériaux de construction, nous avons exposé ci-dessus, aux notes 4-7, les moyens dont il dispose. Ajoutons que le propriétaire du fonds qui a agi de mauvaise foi est passible des actions que les circonstances comportent et que nous avons fait connaître ci-dessus, § 99, note 13. — *Voy.* encore ci-après, § 103, observation.

[11] § 30. 32, I., *de rer. div.* 2, 1, et les autres textes cités à la note précédente sous litt. A. *Voy.*, pour les détails, ci-après, § 120, notes 13-23, où nous verrons que même le possesseur de

— Enfin, rappelons que la destruction du bâtiment, en rendant aux matériaux qui y avaient été absorbés une existence séparée, fait renaître la propriété de l'ancien maître et lui permet de les revendiquer sans que le propriétaire du fonds puisse se prévaloir, à titre de prescription, du temps pendant lequel les matériaux s'étaient trouvés incorporés à l'édifice [12].

§ 103. *Accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière* †.

L'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière, qui fait sans le consentement des propriétaires respectifs, n'opère un changement de propriété qu'autant que les choses ne peuvent être séparées sans détérioration [1]. Car si la séparation est possible, les choses, quoique jointes, continuent d'appartenir à leurs anciens maîtres, et chacun d'eux peut, au moyen de l'*actio ad exhibendum*, demander qu'elles soient séparées afin qu'il puisse reprendre celle qui lui appartient [2].

Si, au contraire, les choses sont unies de manière à ne faire qu'un tout et à ne pouvoir être séparées, il faut appliquer le principe de l'accession et attribuer la propriété du tout au maître de la chose principale [3]. La question importante à décider est donc celle de savoir laquelle des deux choses unies est la chose principale [4]. D'abord il va sans dire qu'on doit

mauvaise foi a le droit d'être indemnisé des impenses nécessaires et d'enlever le produit des autres impenses si cela peut se faire sans détérioration. Cf. Fr. 39, § 1 in f. D., *de heredit. petit.* 5, 3, et ci-après, § 120, notes 12-22.

[12] *Voy.* ci-dessus, notes 4. 7. 9 et § 60, note 7, ainsi que ci-après, § 113, A, n° 9.

† Gaius, II, 77. 78. – § 26. 33. 34, I., *de rerum divisione et adquirendo earum dominio* 2, 1.

[1] La question de savoir si les choses sont séparables est une question de fait. *Voy.* les textes cités aux notes 2. 3, et surtout le Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1, où la séparation est admise au cas qu'un bras ait été soudé à une statue avec du plomb, *adplumbatum*, et refusée au cas que la soudure ait été faite au moyen du même métal que la statue, *ferruminatum;* et ce par la raison que *ferruminatio per eamdem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.*

[2] *Voy.* ci-après, t. II, § 285, et Fr. 6. 7, § 1. 2, D., *ad exhib.* 10, 4. – Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. Fr. 23, § 2, D., *eodem;* Fr. 26, § 1. Fr. 27, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1, et § 26, I., *de rerum divisione* 2, 1.

[3] Et cette propriété est définitive : notamment elle ne cesse pas quand même les choses jointes viendraient à être séparées par la suite, § 26, I., *h. t.* – Fr. 23, § 2. 3. 4, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 23, § 5, D., *eodem.* « ... Si statuæ... ferruminatione iunctum brachium sit, etiamsi inde abruptum sit, *redire ad priorem* dominum non posse... » – Fr. 3, § 14, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 9, § 1. 2. Fr. 26, § 1. Fr. 27, pr. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

[4] Il ne saurait être question d'un changement de propriété par jonction de deux choses, que lorsque l'une de ces choses a réellement, dans l'ensemble, produit par la jonction, le caractère de *principalis*, ou, comme dit Paul : *mea res per prævalentiam alienam rem trahit, meamque efficit.* Il s'ensuit que la jonction de deux choses homogènes, qui ne donne d'autre résultat que de produire un ensemble également homogène d'une étendue plus grande, ne constitue pas une adjonction proprement dite et n'attribue point la propriété exclusive à l'un des propriétaires, quand même la quantité qui lui appartient serait le plus considérable. *Voy.* ci-après, note 7 et § 105, note 1. Fr. 23, § 5, *verb.* At in his D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 27, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

considérer comme accessoire celle qui ne peut exister sans l'autre [5]. Abstraction faite de ce principe, résultant de la nature des choses, nos lois ne donnent pas de règle générale; mais en analysant et en comparant les divers cas qui se trouvent décidés dans le Digeste et dans les Institutes [6], on arrive à la conclusion que l'on doit prendre pour chose principale celle qui, sous le rapport de la forme, a le plus d'analogie avec la chose en question [7]. Dans quelques cas, il a paru difficile de décider s'il y avait *accessio* ou *specificatio*, en d'autres termes, ce qui de la matière ou de la main-d'œuvre était le principal [8]. Justinien a statué, pour la peinture considérée comme art, que la main-d'œuvre l'emporte sur la matière, tandis que la simple opération d'appliquer des couleurs sur une surface ne constitue qu'une accession en faveur du propriétaire de la surface [9].

Les commentateurs ont l'habitude de comprendre sous le nom d'*adjunctio* * les cas d'accession de choses mobilières dont nous avons parlé dans ce paragraphe. Pour désigner les diverses opérations qui rentrent dans cette catégorie, nous trouvons aussi dans nos sources plusieurs termes auxquels les auteurs modernes en ont ajouté d'autres, par exemple, *ferruminatio, pictura, scriptura, textura* *.

Observation. Quant à l'indemnité qui peut être due à celui qui éprouve une perte par suite d'une adjonction, les règles sont en tout analogues à celles que nous avons données en traitant de la spécification et de l'accession de meuble à immeuble [10] : 1° Si l'accession a été opérée par celui qui gagne, on admet qu'il est tenu d'indemniser le propriétaire de la chose accessoire. S'il a agi de bonne foi, il n'est, à la vérité, coupable de rien envers ce dernier; cependant un passage du Digeste donne contre lui, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi, une *in fa-*

[5] Fr. 23, § 3, D., *de rei vind.* 6, 1. « ... Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. »

[6] Telles sont les opérations de tisser ou de broder avec la matière d'autrui; de souder des pièces de métal appartenant à des propriétaires différents, de manière à n'en faire qu'une seule pièce, *ferruminatio;* d'écrire sur le papier d'autrui, etc. *Voy.* les textes cités aux notes 2. 3.

[7] Fr. 23, § 3. Fr. 26. 27. 61, D., *de a. r. d.* 41, 1. En général, le prix ou l'étendue de la chose n'entrent point en compte. § 26, I., *de rer. div.* 2, 1. « licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento ». — Fr. 34, pr. D., *de contr. emt.* 18, 1. « Nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re cui accedat, an minus. » — Fr. 19, § 13 sqq. Fr. 29, § 1, D., *de auro argento legatis* 34, 2. — Fr. 20, D., *eodem.* « Si, ut habiliter gemmæ geri possint, inclusæ auro fuerint, istum aurum gemmis dicimus cedere. »

[8] *Voy.* la note suivante et Fr. 26, pr. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1, combiné avec Fr. 61. D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. ci-dessus, § 99, note 6.

[9] Cette question était controversée dans l'ancien droit; elle a été décidée par Justinien en faveur du peintre, à la différence de ce qui est statué à l'égard de celui qui écrit sur la matière d'autrui; « cuius diversitatis vix idonea ratio redditur ». Gaius, II, 78. — § 33. 34, I., *de rer. div.*, 2, 1. — Fr. 23, § 3, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 9, § 1. 2, D., *de a. r. d.* 41, 1, et ci-dessus, § 99, note 7.

[10] Cf. ci-dessus, § 99, notes 9-16, et § 102, notes 5. 6. 10. 11.

tum actio qui probablement n'est autre chose que la revendication utile que nous avons rencontrée en matière de spécification [11]. S'il a agi de mauvaise foi, il est tenu de tout dommage, et, de ce chef, passible des actions que les circonstances comportent [12]. — 2° Si l'accession est opérée par celui qui perd, il n'a aucune action pour être indemnisée de la perte qu'il subit par son propre fait [13]; mais il peut user du *ius retentionis* au moyen de l'*exceptio doli*, pourvu qu'il ait agi de bonne foi et qu'il se trouve en possession de la chose [14]. S'il a agi de mauvaise foi, il n'a droit à rien [15]; le cas échéant, il peut même être passible d'une action pénale [16].

§ 104. IV. *De la confusion et du mélange.* Confusio et commixtio * †.

On cite souvent comme des exemples d'accession les cas où deux choses différentes, solides ou liquides, sont mélangées ensemble de manière à former un tout homogène quant à la substance, cas que les auteurs modernes désignent par les termes de *commixtio* * et *confusio* [1]. Mais de pareils mélanges ne peuvent être considérés comme des espèces d'accession, puisque aucun des corps mélangés ne saurait être qualifié de principal ou d'accessoire [2]; aussi les principes sont tout autres dans cette matière.

[11] Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. ci-dessus, § 99, note 16; § 102, note 10 *in fine*, et ci-après, t. II, § 199, OBS.

[12] *Condictio ob iniustam causam, actio ad exhibendum*, revendication utile, actions de vol, etc. § 26 in f. § 34 in f. I., *de rerum divisione* 2, 1. — Fr. 12, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4, et ci-dessus, § 99, notes 13. 14. — Au § 26 in f. I., *cité*, quelques manuscrits et THÉOPHILE disent que « exstinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et QUIBUSQUE ALIIS POSSESSORIBUS possunt »; ce qui impliquerait que l'ancien propriétaire de la chose accessoire pourrait demander indemnité non-seulement contre la personne qui a opéré l'accession, mais aussi contre le tiers possesseur de bonne foi de la chose principale. C'est une hérésie inadmissible. Au lieu de QUIBUSQUE, il faut lire QUIBUSDAM, avec GAIUS, II, 79, et avec la grande majorité des manuscrits des Institutes. Cf. ci-après, t. II, § 277 *in fine*.

[13] Fr. 33, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 14, D., *de doli mali except.* 44. 2, et ci-dessus, § 99, note 9.

[14] GAIUS, II, 77. — § 33, I., *h. t.* — Fr. 39, § 1, D., *de heredit. petit.* 5, 3. — Fr. 23, § 4, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 9, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1, et ci-dessus, § 99, note 10. — Rappelons l'observation faite plus haut, que, le cas échéant, nous pouvons réclamer l'indemnité à titre d'impenses. Fr. 39, § 1, D., *cité*, et L. 5, C., *de rei vind.* 3, 32. *Voy.* ci-dessus, § 102, note 11, et pour les détails, ci-après, § 120, notes 13-23.

[15] Conformément à ce que nous avons dit ci-dessus, § 99, note 11; à moins cependant qu'il ne puisse réclamer à titre d'impenses. Cf. la fin de la note précédente.

[16] § 26, I., *h. t.* 2, 1. Cf. § 34, I., *eodem;* GAIUS, II, 78-79, et ci-dessus, § 99, notes 13 sq.

[1] Les commentateurs entendent par *commixtio* le mélange de corps solides, et par *confusio* le mélange de corps liquides; les Romains se servent indistinctement des mots *commiscere* et *confundere*. *Voy.* les passages cités dans les notes suivantes.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 103, note 4.

D'abord il va sans dire que dans les cas où le mélange se fait d'un commun accord par les propriétaires des choses mélangées, c'est de la volonté commune des parties que dépend la question de savoir à qui le mélange appartiendra [3]. Lorsque le mélange s'est fait sans le consentement de tous les propriétaires, soit par un seul d'entre eux, soit par l'effet du hasard, il faut distinguer. Si les divers corps peuvent être séparés, et que les propriétaires puissent reconnaître ceux qui leur appartiennent, il ne s'opère aucun changement de propriété : chacun reste propriétaire de sa matière [4]. Mais si la séparation est physiquement impossible, le mélange devient commun entre les propriétaires des divers corps, et la part indivise de chacun sera déterminée, eu égard à la quantité et à la qualité des choses mélangées [5]. Dans tous les cas, celui qui a opéré le mélange dans une intention coupable peut, de ce chef, être poursuivi en réparation du dommage, même, le cas échéant, par les actions résultant du vol [6]. — Telles sont les règles qui découlent de la nature même des choses et qui sont confirmées par la législatio nromaine. Justinien, en suivant l'exemple de Pomponius et de Paul, semble, à la vérité, faire une distinction entre le mélange de corps solides et celui de corps liquides; mais un examen approfondi des décisions mêmes de l'empereur prouve que cette distinction n'est qu'une subtilité de mots et que, de fait, dans l'un comme dans l'autre cas, le mélange devient commun, si la séparation des divers corps est physiquement impossible [7].

Ce n'est que dans un cas spécial que les règles que nous venons d'exposer souffrent exception. Si quelqu'un mêle notre argent avec le sien, nous avons dès ce moment perdu la propriété de nos espèces, qui sont censées consommées aussitôt que, étant mélangées avec d'autres pièces de monnaie, elles ont perdu leur existence individuelle ; mais nous avons

[3] § 27. 28, I., *h. t.* — Fr. 5, pr. D., *de rei vindicatione* 6, 1. Cf. Fr. 7, § 8. 9, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

[4] § 28, I., *h. t.* « ... Pecora Titii tuis pecoribus mixta. » — Fr. 5, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. « Plumbum cum argento. » — Fr. 23, § 5, D., *eodem.* « ... Singuli homines (i. e. servi), singulæ oves... » — Fr. 12, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1 « ...ære meo et argento tuo conflato. »

[5] § 27, I., *h. t.* « ... Veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri... ex vino et melle mulsum aut ex auro et argento electrum (ci-après, note 9). » — Fr. 3, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1. « Meum et tuum argentum in massam reductum... » Fr. 4, D., *eodem.* — Fr. 5, § 1, D., *eodem* « ... æs et aurum... » — Fr. 7, § 9, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

[6] Fr. 4, D., *de rei vindicatione* 6, 1, et ci-dessus, § 99, notes 11 sqq.

[7] § 28, I., *de rer. div.* 2, 1. « Quod si casu id (frumentum) mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intelligitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum in totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit, arbitrio autem iudicis continetur, ut is æstimet, quale cuiusque frumentum fuerit. » — Fr. 3, § 2. Fr. 5 pr. D., *de rei vind.* 6, 1. — *Voy.* aussi ci-après, § 118, B.

une action personnelle contre celui qui nous a causé cette perte [8].

Observation. Il se peut que le mélange de deux corps produise un objet nouveau, différent de ce que les deux corps étaient auparavant. Dans pareil cas, il y aura lieu de considérer l'opération comme constituant une spécification [9].

§ 105. V. *De la tradition. — Notion et introduction historique* †.

Traditio, dans le sens étendu, signifie l'action qui consiste à mettre quelqu'un en possession d'une chose [1]; mais dans le sens propre qui nous occupe ici, on entend par *traditio* la remise d'une chose faite par le propriétaire à une autre personne dans l'intention que cette dernière devienne propriétaire de l'objet remis. Ce mode d'acquérir suppose nécessairement chez les deux parties l'intention commune de transférer et d'acquérir la propriété. Mais la seule intention des parties ne suffit pas pour opérer ce transfert; il faut qu'elle soit extérieurement constatée par la remise physique de la chose [2]. C'est ce qui fait dire que la propriété ne se transfère pas par le seul effet des conventions [3].

La justesse de ce principe du droit romain a été contestée par des jurisconsultes modernes. La loi française l'a même formellement rejeté, en déclarant expressément que la propriété se transmet par le seul effet des conventions [4]. Il est cependant facile de voir que cette solution n'est point conforme à la nature des choses. Que le consentement de deux personnes suffise pour créer entre elles un lien obligatoire qui n'existe que

[8] Iavolenus, Fr. 78, D., *de solutionibus* 46, 3. « Si alieni numi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt. Si mixti essent *ita ut discerni non possent*, eius fieri qui accepit, in libris Gaii (Cassii) scriptum est : ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret. » Cf. Fr. 19. 94, § 2, D., *eodem*. — Fr. 25, § 1, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 11, § 2 in f. Fr. 12 in f. Fr. 13-19, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 24, pr. § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 56, § 2, D., *de fideiussoribus* 46, 2, et ci-après, t. II, § 253, notes 6. 7. Fr 8 D de iure dot. 23-3

[9] § 25, I., *h. t.* « ... ex vino et melle mulsum... ex medicamentis emplastrum vel collyrium... » — Fr. 5, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1 « ... ex melle meo et vino tuo mulsum... » Cf. Fr. 12, § 1, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1, comparé avec la fin du Fr. 5, § 1, D., *cité*, et ci-dessus, § 99, notes 5. 7. 8.

† § 40. 41. I., *de rerum divisione et adquirendo rerum dominio* 2, 1.

[1] Fr. 1, pr. D., *de pignor. actione* 13, 7. — Fr. 238, § 2, D., *de verb. signif.* 50. 16, et *passim*. Cf. ci-dessus, § 84, note 5. — Souvent tradere s'emploie aussi pour indiquer la simple remise matérielle, ne donnant que la détention de la chose. Fr. 7, pr. Fr. 12, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9. — Fr. 8, D., *de peculio* 15, 1. — Fr. 20, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 36. 37, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 31, D., *locati* 19, 2.

[2] § 40, I., *h. t.* — Fr. 9, § 3, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — L. 20, C., *de pactis* 2, 3, à la note suivante et *passim*.

[3] Dioclét. et Max. L. 20, C., *de pactis* 2, 3. « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur. » 293. — Cf. *Vaticana fragmenta*, 268. « ... Respondi : Si neque mancipatio, neque traditio secuta est, *solis actis* dominium non transisse. » — Cf. Fr. 50, D., *de rei vind.* 6, 1. — L. 15, C., *eodem* 3, 32. — L. 6, C., *de hereditate vendita* 4, 39. — L. 8, C., *emti* 4, 49.

pour elles et n'enchaîne la liberté d'aucune autre personne, rien de plus naturel. Mais comment admettre que la volonté de deux individus puisse créer un droit absolu, comme le sont les droits réels et se soumettre ainsi la volonté de tous les autres membres du corps social? Pour qu'un droit existe et puisse agir vis-à-vis de tous les membres de la société, il faut que la société ait concouru à l'établissement du droit et en ait sanctionné l'existence. L'expérience confirme cette vérité théorique, et ce n'est pas impunément que l'on y porte atteinte. En vain le législateur français proclame-t-il un principe contraire [4] : la force des choses le contraint à le violer de fait à l'égard des meubles [5], et il ne le maintient pour les immeubles qu'au moyen de dispositions contradictoires et incomplètes qui exposent la propriété territoriale et la garantie hypothécaire à des incertitudes et des dangers tels, que la seconde génération se voit obligée de réformer radicalement la partie de la législation qui s'y rapporte. Les anciens Romains avaient été bien plus conséquents. La propriété des choses qui constituaient le vrai patrimoine du citoyen, *res mancipi*, ne se transmettait originairement qu'avec l'intervention des représentants du peuple, *mancipatio*, ou sous la garantie du magistrat suprême, *in iure cessio*. D'autres modes de transmission pouvaient donner un pouvoir de fait; mais ce pouvoir n'acquérait la garantie de droit, *auctoritas*, qu'après avoir été exercé publiquement pendant un certain temps, *usus*, et avoir reçu ainsi la sanction nationale par le tacite consentement de tous [6]. Ce système, rationnel au fond, était sans doute également conforme aux mœurs et aux besoins de la société pendant les premiers siècles. Mais il dut paraître défectueux quand les *res mancipi* eurent cessé de constituer la principale richesse des particuliers et que les transactions de la vie civile furent devenues trop variées et trop nombreuses pour qu'il fût possible d'y appliquer régulièrement les formalités compliquées des modes légaux de transmission de la propriété. Pour réaliser les réformes que l'état avancé de la civilisation exigeait, il eût fallu successivement élargir le cercle des *res mancipi* et simplifier les modes légaux. Telle eût été aussi sans doute la marche du droit romain, si l'immense accumulation des richesses et la rapidité avec laquelle les fortunes particulières s'élevaient et disparaissaient après les grandes conquêtes de la république, n'eussent imprimé à notre matière un mouvement irrégulier qui fut encore précipité par l'influence qu'exerça l'élément provincial, surtout par rapport à la propriété immobilière. La tradition qui, dans le principe, avait pu paraître convenable et suffisante pour la trans-

[4] Code Napoléon, art. 711. 1138. 1583.

[5] Code Napoléon, art. 2279. « En fait de meubles, la possession vaut titre. »

[6] *Voy.* ci-dessus, § 91, notes 8 sq. 17 sq., et pour les détails, ci-après, § 110.

mission des *res nec mancipi* finit, comme nous l'avons exposé ci-dessus, par absorber les anciens modes civils, et se trouve être, dans le droit nouveau, le mode général de transférer la propriété [7].

Cette solution est évidemment incomplète et défectueuse. Car la tradition n'a point le caractère d'authenticité qui distinguait la *mancipatio* et la *in iure cessio;* c'est, en outre, un acte équivoque qui ne reçoit sa valeur translative de propriété que par son élément intentionnel dont l'appréciation peut, dans bien des cas, être fort incertaine [8]. Sous ces rapports, le droit de Justinien mérite en grande partie les reproches qui lui ont été adressés par les partisans de l'opinion que nous venons de combattre. Il n'est cependant pas à méconnaître que, dans la plupart des cas, les conséquences nuisibles que le vice originaire du système aurait pu produire ont été évitées avec autant de soin que de bonheur [9].

§ 106. *Conditions requises.*

Pour qu'il y ait tradition translative du droit de propriété, il faut la réunion des conditions suivantes :

A) Deux personnes, capables l'une d'aliéner, l'autre d'acquérir.

1). Pour faire tradition, il faut être propriétaire de la chose et avoir la capacité d'aliéner. Celui qui n'est pas propriétaire ne peut transférer un droit qu'il n'a pas lui-même [1]. Il y a cependant une exception pour les aliénations faites par le fisc, lequel, lors même qu'il n'est pas propriétaire, donne la propriété à celui à qui il fait tradition d'une chose, sauf à l'ancien propriétaire de prendre son recours personnel contre le fisc [2].

[7] *Voy.* ci-dessus, § 92; § 97, I et II, et ci-après, § 110.

[8] A ces deux vices fondamentaux vient encore se joindre un inconvénient pratique : la difficulté de faire tradition d'une partie indivise ou intellectuelle de propriété. Cf. ci-après, § 106, B *in fine*.

[9] Nous avons dû nous borner ici à présenter une esquisse rapide, susceptible de recevoir de grands développements. L'état actuel de la civilisation réclame évidemment, comme mode légal de transmission de la propriété, la *transcription* dans les registres publics, sauf à admettre la *tradition* comme moyen subsidiaire dans les cas où l'individualité de la chose ne se manifeste pas assez énergiquement pour admettre la transcription, ce qui a lieu à l'égard de la plupart des choses mobilières. C'est aussi, de fait, le principe qui nous régit aujourd'hui, par suite de la combinaison de l'article 2279 du Code Napoléon avec les nouvelles lois sur le régime hypothécaire, sur la propriété immobilière et sur la propriété des navires. Mais il est à regretter que les auteurs de ces lois aient été guidés moins par des principes certains que par le vague désir de parer à certains inconvénients que la pratique avait fait connaître. C'est pourquoi plus d'une disposition inutile a été maintenue ou même inventée, tandis que, d'autre part, on a laissé des lacunes essentielles. L'expérience fera découvrir ces défectuosités; mais il eût été peut-être possible de les éviter si l'on s'était d'avance pénétré de la nature juridique des institutions qu'il s'agissait d'organiser.

[1] Fr. 20, pr. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. – Fr. 11, D., *de regulis iuris* 50, 17. – Fr. 54, D., *codem.* « Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet ».– L. 6, C., *de rebus alienis non alienandis* 4, 51. *Voy.* au reste ci-après, § 107, notes 4. 7 et suivantes.

[2] § 14, I., *de usucap.* 2, 6. – L. 2. 3, C., *de quadriennii præscr.* 7, 73. Cette disposition date de l'empereur Zénon ; Marc-Aurèle s'était borné à donner après cinq ans une exception contre

Quant à la capacité de faire tradition, nous ne pouvons que renvoyer aux règles générales sur la capacité d'aliéner [3], tout en ajoutant que la nullité dont le droit romain frappe les donations entre époux forme également obstacle à ce que la tradition, faite en vertu de pareille donation, transfère la propriété de la chose donnée [4]. Il n'est pas nécessaire que la tradition se fasse par le propriétaire en personne; la remise de la chose faite par un représentant en vertu d'un mandat du propriétaire produit les mêmes effets que si le propriétaire l'avait faite lui-même [5]. Quelquefois même la représentation est forcée, comme dans le cas où le créancier hypothécaire fait vendre la chose hypothéquée ou engagée [6]. — 2) Il faut une personne qui accepte la chose dont la tradition doit être faite. Nous renvoyons ici à ce que nous avons dit au § 84 sur la capacité de la personne qui veut acquérir la possession d'une chose. Toutes les règles que nous y avons données s'appliquent à la tradition, qui n'est qu'une prise de possession faite du consentement du propriétaire. Cette prise de possession peut se faire aussi bien par un représentant que par l'acquéreur lui-même [7]. Rappelons à ce propos que la tradition, faite et acceptée en notre nom, a pour effet de nous faire acquérir la possession, alors même que la personne qui agit comme notre représentant en recevant la chose, aurait mentalement une autre intention [8].

B) Prise de possession, opérée par l'acquéreur avec le consentement du propriétaire. Nous avons montré ci-dessus de quelle manière la

la revendication du véritable propriétaire. L. 3, C., *si adversus fiscum* 2. 37. — Dans la L. 3, C., *de quadr. præscr.* 7, 73, Justinien étend cette disposition exorbitante, mais justifiée par la solvabilité constante du fisc, aux aliénations faites par l'empereur et par l'impératrice, en faisant observer que ce privilége est accordé avec raison à ces augustes personnages *qui suis consiliis suisque laboribus pro toto orbe terrarum* DIE NOCTEQUE *laborant*. Cf. la *præf.* de la *Novelle* 8, pr.

[3] *Voy.* ci-après, § 123, n.

[4] Fr. 3, § 10. 11. Fr. 5, § 18, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1, et ci-après, t. III, § 317.

[5] § 42. 43, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 41, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 9, § 3. 4, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1. Cf. ci-dessus, § 34, notes 27 sqq.

[6] § 1, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. – Fr. 46, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 85, et particulièrement Fr 9, § 4. Fr. 13. 20, § 2. Fr. 65, pr. D., *de a. r. d.* 41. – Cf. § 42. 43, I., *de rerum divisione* 2, 1, et § 1, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 85, notes 3 sqq. et les textes suivants : Fr. 13, D., *de donationibus* 39, 5. « ... Nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. » – Fr. 37, § 8, D., *de a. r. d.* 41, 1. « Si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acceperit, ut rem Titii faceret, nihil agetur. Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, et is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur. » Les mots « *nihil agetur* » du dernier texte, ne doivent pas être pris dans un sens absolu, comme si l'acte ne produisait aucun effet. Il faut les entendre comme la locution analogue qui termine le texte précédent: *nihil agetur in sua persona, sed mihi adquirit,* c'est-à-dire: «l'acte ne produit pas l'effet que le mandataire veut lui faire produire. » Cf. Fr. 13. 20, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1. – Fr. 12, § 3, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1. – Fr. 43, § 1, D., *de furtis* 47, 2

possession s'acquiert par tradition [9]. Il ne nous reste qu'à parler de deux cas qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom de *traditio ficta* *, par la raison que l'on n'y aperçoit pas, au premier abord, un acte d'appréhension [10]. Premier cas : Pierre détient, à titre de location ou à tout autre titre, mais sans *animus domini,* une maison qui appartient à Paul. Plus tard, Paul lui vend la maison : comment se fera la tradition? Il est évident que le vendeur n'a plus besoin de donner à l'acheteur le pouvoir physique sur la chose puisque celui-ci l'avait déjà auparavant. Aucun acte d'appréhension n'est nécessaire, la possession est acquise *solo animo.* C'est ce qu'on appelle communément *traditio brevi manu* * [11]. Second cas: Paul vend sa maison à Pierre, mais il continue de l'habiter à titre de location. Pour faire tradition, Paul pourrait remettre la maison à Pierre, qui l'y laisserait rentrer ensuite comme locataire. Au lieu de ce détour, il est beaucoup plus simple que Paul continue d'occuper la maison, non plus en son nom propre, mais comme représentant de Pierre. C'est ce que les commentateurs ont appelé *constitutum possessorium* * [12]. On voit que, dans l'un comme dans l'autre de ces deux cas, il y a réellement prise de possession avec le consentement du possesseur actuel, et par conséquent tradition. Ce qui fait paraître l'opération quelque peu compliquée, c'est que la même personne agit à la fois en son nom propre et comme mandataire de l'autre contractant [13]. L'acquisition du pouvoir physique est donc toujours nécessaire, et cela est si vrai que, dans le cas où le propriétaire n'a pas la possession de la chose, il ne saurait y avoir tradition actuelle [14]. — Le transfert d'une partie intellectuelle ou

[9] *Voy.* ci-dessus, § 84, notes 5-14 et § 86, n° 3. Rappelons l'hypothèse dont nous avons parlé au § 86, note 29, quand l'appréhension par l'*accipiens* ne se fait pas au même moment où le *tradens* manifeste l'intention d'abandonner sa possession. Cf. ci-après, note 14 et § 107, notes 5. 6.

[10] *Voy.* ci dessus, § 84, OBSERVATION 1.

[11] § 44, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 9, § 5. Fr. 21, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1.– Fr. 46, D., *de rei vind.* 6, 1. –Fr. 9, § 1, D., *de Publiciana actione,* 6, 2. – Fr. 9, § 9, D., *de rebus creditis* 12, 1. – Fr. 62, pr. D., *de evict.* 21, 2. *Voy.* aussi ci-après, § 107, note 6. — Le terme *brevi manu tradere* a été créé par les commentateurs au moyen d'une combinaison du Fr. 43, § 1, D., *de iure dotium* 23 « ... brevi manu acceptum... » avec le Fr. 79, D., *de solut.* 46, 3 « ... quodammodo longa manu tradita existimanda est. »

[12] Fr. 77, D., *de rei vindicat.* 6, 1. – Fr. 18, pr. D., *de adquirenda possessione* 41, 2. – L. 28. 35, § 5, C., *de donat.* 8, 54. — Le constitut possessoire exige naturellement : 1° la volonté du possesseur actuel de ne plus posséder pour lui et de posséder pour nous; 2° notre volonté d'avoir la chose pour nous; 3° le rapport de causalité nécessaire entre ces deux faits (ci-dessus, § 85, n° 3). La volonté respective des parties peut, dans bien des cas, résulter des circonstances, et dès lors elle n'a pas besoin d'être formellement exprimée, * *constitutum tacitum.* (Fr. 77, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 1, § 1. Fr. 2, D., *pro socio* 17, 2, et ci-après, t. II, § 230. – L. 28. 35, § 5, C., *de donat.* 8, 54); mais elle ne se présume point. Arg. Fr. 1, § 2, D., *de periculo et commodo* 18, 6. – Fr. 48, D., *de adq. poss.* 41, 2.

[13] « Nam celeritate coniungendarum inter se actionum, unam actionem occultari. » Fr. 3, § 12, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1.

[14] Si, dans cet état de choses, le propriétaire veut, dans les limites du possible, opérer le transfert

indivise de propriété exige naturellement aussi tradition matérielle. Cette opération peut, suivant les circonstances, présenter des difficultés pratiques qui sont, cependant, moins grandes que dans le cas où il s'agit de la tradition de la simple possession de fait. Celle-ci, en effet, suppose le concours de volonté de tous les copossesseurs [15], tandis que pour le transfert du droit il suffit que le *tradens* mette l'acquéreur à même d'exercer le pouvoir qu'il avait lui-même [16].

C) Il faut que la remise de la chose se fasse dans l'intention commune et respective des deux parties de transférer et d'acquérir la propriété [17]. C'est cette intention commune qui donne à l'acte matériel de la tradition le caractère d'un mode de transmission et d'acquisition du droit de propriété [18]. Elle est indispensable [19], mais aussi elle suffit, et c'est à tort que la plupart des auteurs modernes enseignent le contraire, en exigeant, comme troisième condition de la tradition, quelque chose de vague qu'ils désignent par le terme *iusta causa traditionis* [20], qui ne peut

de son droit, il autorisera l'acquéreur à prendre possession, tout en lui faisant cession de l'action en revendication. De cette façon, ce dernier pourra poursuivre la chose partout où il la trouve et aura la propriété dès qu'il parviendra à en obtenir la possession. Fr. 35, § 4, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 21. 47. 63, D., *de rei vind.* 6, 1. Cf. ci-après, § 119, note 20; t. II, § 188, OBSERVATION.

15 *Voy.* ci-dessus, § 84, note 29.

16 Cette proposition, qui ne se trouve point *in terminis* dans nos sources, résulte de la nature absolue et exclusive du droit de propriété que le fait accidentel de la communauté ne peut détruire. Cf. ci-dessus, § 84, note 29. Elle est d'ailleurs implicitement, mais d'une manière incontestable, consacrée par la différence qui existe entre l'*obligatio dandi* et l'*obligatio tradendi*, la première étant divisible, la seconde indivisible. *Voy.* ci-après, t. II, § 192.

17 Cette intention suppose toujours deux personnes *déterminées*. Aussi ne pouvons-nous approuver la proposition de Gaius que Justinien reproduit aux Fr. 9, § 7, D., *de a. r. d.* 41, 1, et § 46, I., *de rerum divisione* 2, 1. « Interdum et in *incertam personam* collocata voluntas domini transfert ei proprietatem. » Les exemples cités sont plutôt des cas d'occupation de choses abandonnées, *res derelictæ*. *Voy.* § 47, I., *de rer. div.* 2, 1, et Fr. 5, § 1, D., *pro derelicto* 41, 7.

18 (Fr. 9, § 3, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.) § 40, I., *h. t.* et THÉOPHILE *ad h. t.* – Fr. 55, D., *de obl. et act.* 44, 7. « In omnibus rebus, quæ dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest. » Cf. Fr. 15, § 2, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 43, § 2, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Il s'ensuit que la tradition est soumise à toutes les règles qui dominent la matière des conventions. *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

19 Ainsi, la tradition faite dans l'intention commune de donner et de recevoir un gage ne transfère point la propriété, mais seulement la possession et, le cas échéant, le droit de gage. La remise d'une chose faite dans l'intention de la prêter, de la donner en location, etc., ne transfère même pas la possession, Cf. ci-dessus, § 105, note 1 et § 81, note 9.

20 Cette locution se rencontre dans nos sources : GAIUS, II, 20. – ULPIEN, XIX, 7. – PAUL, Fr. 31, pr. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. « Nunquam *nuda* traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua (*lisez* alia qua) iusta causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur ». — Cf. Fr. 65, § 4, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. Mais on a tort d'en vouloir faire un terme théorique et précis, propre à la matière dont il s'agit ici. Les mots *causa, modus, condicio, status* et autres, sont d'une grande élasticité dans le langage romain. *Voy.*, entre autres, le Fr. 55, D., *de obl. et act.* 44, 7 à la note 18 et, en général, les notes suivantes, ainsi que § 113, OBSERVATION.

donner lieu qu'à des équivoques [21]. Dès que l'intention commune de transférer et d'acquérir la propriété a présidé à la remise, le domaine est transféré, n'importe les motifs ou la cause qui ont pu faire naître cette intention dans l'esprit des parties agissantes. Il se peut que je fasse tradition d'une chose pour un motif qui n'existe point. Dans ce cas, l'on ne peut certes pas dire qu'il y ait *iusta causa traditionis* — loin de là, les Romains eux-mêmes proclament que la chose est donnée *sine causa* —; et pourtant, si la tradition a été faite et acceptée, dans l'intention commune des parties de transférer et d'acquérir la propriété [22], la chose sera acquise en propre à celui qui l'a reçue [23]. Le dissentiment des parties sur les motifs ou la cause du transfert est également indifférent, pourvu qu'elles soient d'accord sur le transfert même [22]. Si je vous donne de l'argent dans l'intention de vous faire une donation, et que vous le receviez croyant que je vous le prête, il n'y a évidemment ni donation ni prêt, parce qu'il n'y a de consentement mutuel ni pour l'un ni pour l'autre; mais comme la donation et le prêt d'argent supposent l'intention de transférer et d'acquérir la propriété, il y a accord sur ce point et la tradition aura pour effet de rendre propriétaire celui qui accepte [24]. Enfin, il se

[21] Nous nous bornons à signaler les efforts désespérés que font les partisans de la *iusta causa traditionis* pour donner une définition exacte de cette locution et surtout pour la différencier de la *iusta causa* en matière d'usucapion, ainsi que la bizarrerie qui consiste à dire qu'il y a *iusta causa traditionis* quand nous pouvons répéter, comme étant donnée *sine causa,* la chose dont nous avons fait tradition, ce qui a lieu dans les hypothèses mentionnées ci-après aux notes 23 sq. *Voy.* Fr. 1, § 3, D., *de condict. sine causa* 12, 7, et ci-après, t. II, § 277.

[22] *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[23] Cela a lieu dans tous les cas où nous pouvons répéter une chose donnée, au moyen de la *condictio indebiti* ou de la *condictio sine causa;* et ces cas sont nombreux, comme nous le verrons quand nous traiterons de cette matière, ci-après, t. II, § 277.

[24] Fr. 36, D., *de a. r. d.* 41, 1. « Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio : veluti si ego credam, me *ex testamento* tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, *ex stipulatu* tibi eum deberi. Nam et, si pecuniam numeratam tibi tradam *donandi* gratia, tu eam quasi *creditam* accipias, *constat, proprietatem ad te transire,* nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus ». Ce pasage de JULIEN est on ne peut plus explicite; cependant il y a un passage d'ULPIEN qui semble dire le contraire. Fr. 18, pr. D., *de rebus creditis* 12, 1. « Si ego tibi pecuniam quasi *donaturus* dedero, tu quasi *mutuam* accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos *accipientis non fieri,* cum alia opinione acceperit : quare, si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti. » Nous ne pensons pas qu'il y ait contradiction entre ces deux passages. Les mots : « *accipientis non fieri* », dont se sert Ulpien, ne disent pas nécessairement que *proprietas non transiit :* on peut fort bien les entendre en ce sens que l'*accipiens* n'acquiert pas les espèces comme il a cru les acquérir, c'est-à-dire comme *mutuæ* et avec la faculté d'en disposer comme il l'entend, notamment de ne les rembourser qu'après l'expiration d'un certain délai; mais qu'il en devient comptable *immédiatement* envers le *tradens,* qui peut les répéter, comme étant données *sine causa,* aussitôt qu'il découvre son erreur. A l'appui de cette interprétation, nous pouvons invoquer le Fr. 40 in f., D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. Il est vrai que dans ce texte, où il s'agit d'une tout autre hypothèse, les mots *consumtos suos facit* n'ont pas le sens que nous venons de donner aux mots *accipientis*

peut que la remise d'une chose en transfère la propriété, bien que la tradition soit déterminée par une cause légalement nulle et réprouvée [25]. Ainsi la loi interdit au propriétaire l'aliénation de la chose mobilière hypothéquée ou engagée et la frappe même des peines du vol; cependant la tradition faite en exécution de pareille vente transfère la propriété de la chose vendue [26]. Il en est de même de l'enjeu remis ensuite de jeux non autorisés, de l'argent payé en acquit d'intérêts usuraires et de divers autres cas de dation *ex injusta causa* [27]. — En résumé, la circonstance que la cause ou les motifs qui ont fait livrer la chose seraient erronés ou entachés d'illégalité, ou qu'il y aurait dissentiment sur les motifs du transfert, est indifférente pour notre matière : la tradition n'en aura pas moins pour effet de donner la propriété à celui qui reçoit la chose, pourvu que les parties aient eu l'intention commune de transférer et d'acquérir la propriété. Mais ce transfert de la propriété n'empêche point que la partie qui a ainsi, par erreur ou par un motif illégal, aliéné sa chose ne puisse demander la réparation du dommage qu'elle en éprouve et exiger la restitution de la chose donnée; seulement, ce droit de répétition ne constitue pour elle qu'une créance, et elle ne peut, en conséquence, le faire valoir que par une action personnelle contre celui qui a reçu la chose [28].

Observation. Nous avons dit plus haut que la tradition, reposant sur l'accord de deux volontés, *duorum in idem placitum consensus*, constitue ce que nous appelons en droit une convention, et qu'elle est par suite soumise aux règles qui dominent les conventions. Des raisons de méthode nous obligent à réunir ces règles dans un chapitre qui trouve le mieux sa place au livre des Obligations. C'est dans ce chapitre que nous aurons à traiter des conditions qu'un acte doit réunir pour former une convention valable et efficace et de l'influence que l'erreur et certains vices du consentement peuvent exercer sur la validité et l'efficacité des conventions [29].

fiunt; mais toujours est-il qu'ils n'y sont pas synonymes de *proprietas transiit.* Cf. Fr. 4, § 19, D., *de usurpat.* 41, 3, et ci-après, § 108, note 5. *Voy.* encore Fr. 6, § 6, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8. — Que si cependant on voulait admettre un dissentiment entre les deux jurisconsultes, le premier texte devrait être préféré parce que 1° Julien traite la question *ex professo,* tandis qu'Ulpien ne fait que l'effleurer à propos d'une autre question, et 2° surtout parce que la décision de Julien est seule conforme aux principes de la matière.

[25] Les donations entre époux font exception pour des motifs tout à fait particuliers, comme nous le verrons au t. III, § 317. Fr. 3, § 18. Fr. 36, D., *de donat. inter v. et ux.* 24, 1. Cf. Fr. 1, § 2, D., *pro donato* 41, 6.

[26] *Voy.* ci-après, § 160, note 8.

[27] *Voy.* ci-après, t. II, § 184 *in fine;* §§ 266. 275 sqq.

[28] *Voy.*, pour l'importance pratique de cette distinction, ci-après, t. II, §§ 275-277.

[29] Ci-après, t. II, §§ 198-203. Nous aurons, en outre, à nous occuper, au § 221, de quelques complications que présente l'hypothèse de la tradition faite par un mandataire.

§ 107. *Effets de la tradition, particulièrement de l'*exceptio rei venditæ et traditæ.

L'effet de la tradition valablement faite est de transférer la propriété de la chose délivrée à celui qui accepte [1]. Cependant quand la tradition se fait en exécution d'une vente, il y a ceci de particulier que la propriété n'est acquise à l'acheteur que lorsqu'il a payé le prix de vente, à moins que le vendeur ne se soit fait donner des garanties, par exemple une caution, une hypothèque, ou qu'il ait suivi la foi de l'acheteur [2], c'est-à-dire qu'il ait expressément vendu à crédit [3]. — Il va sans dire que celui qui accepte acquiert le droit de propriété tel qu'il existait dans la personne de son auteur. Particulièrement, si la propriété de ce dernier est limitée par des *iura in re*, elle passera dans le même état à l'acquéreur; mais, d'un autre côté, s'il existe des *iura in re* établis en faveur de la chose délivrée, ces extensions de la propriété compéteront également au nouveau propriétaire [4]. — La tradition conditionnelle ne transfère naturellement la propriété que si la condition vient à s'accomplir [5], mais le transfert aura lieu de plein droit au moment de l'accomplissement sans qu'il soit besoin d'aucun acte ou manifestation de volonté ultérieurs [6].

Si la tradition a été faite par quelqu'un qui n'était pas propriétaire, elle

[1] *Voy.* ci-dessus, § 106, notes 17 et suivantes.

[2] Varron, *de re rust.* II, 2, 6. « Grex venditus dominium non mutat, nisi sit æs adnumeratum. » — § 41, I., *h. t.* « ... Quod cavetur quidem etiam ex lege XII Tabularum, tamen recte dicitur et iure gentium, id est, naturali, id effici. — Fr. 5, § 18, D., *de tributoria actione* 14, 4. — Fr. 19. 53, D., *de contrahenda emtione* 18, 1. — Fr. 51, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr, 38, § 12, D., *de liberali causa* 40, 12. — On cite souvent encore, à ce propos, Ps. Quintilien, *declam.* 336. « Non solvisti : quo iure vindicare potes eam rem, cuius pretium non dedisti ». Mais ce passage se rapporte à un autre ordre d'idées.

[3] Cf. ci-après, t. II, § 210 *in fine*, et § 249, n° 5.

[4] Fr. 54. 175, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17. Cf. Fr. 160, § 2, D., *eodem.* — Fr. 67, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 52 in f. D., *emti* 19, 1. – Fr. 20, pr. § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1. *Voy.* ci-dessus, § 8, note 7; § 76, note 2, et ci-après, § 124, note 5; § 132, notes 2 et suivantes; § 144, n° 5; § 151, n° 3; § 159, note 2.

[5] Fr. 38, § 1, D., *de adq. vel amitt. poss.* 41, 2. « ... Hoc amplius existimandum est, possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit ». — Fr. 8, D., *de rebus creditis* 12, 1. Fr. 7, § 3. – Fr. 9, pr. D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 2, § 2. 3. 4, D., *pro emtore* 41, ainsi que les textes cités à la note suivante, et t. II, § 249, n°s 3. 4. 5. 7. — Il s'agit bien entendu, ici, de la tradition dans laquelle les parties font dépendre l'efficacité de l'acte d'une condition, vulgairement appelée suspensive. Ce qu'on a l'habitude d'appeler tradition sous condition résolutoire n'est point une tradition conditionnelle : il y a dans ce cas tradition pure et simple et, par conséquent, transfert immédiat de la propriété. *Voy.* ci-dessus, § 36, notes 3 sqq., et ci-après, t. II, § 205, note 10, et surtout § 249, n°s 3. 4. 5. 7 et l'Observation.

[6] Fr. 7, § 3. Fr. 9, § 1, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 2, § 5, D., *de donationibus* 39, 5. – Fr. 29, D., *de mortis causa donat.* 39, 6. – Fr. 1, § 2, D., *pro dote* 41, 5. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 249, n°s 3. 4. 5. 7 et l'Observation, ainsi que t. III, § 310 vers la fin. — Dans ces cas, on peut dire qu'il y a *tacita brevi manu traditio* *, la propriété naissant dans le chef de l'acquéreur par le seul effet de la condition accomplie.

n'aura naturellement point pour effet de donner la propriété à celui qui accepte ; mais elle lui fera acquérir au moins la possession avec les avantages qui y sont attachés [7]. Quand l'acquéreur est de bonne foi, il jouira, en outre, des avantages particuliers de la *bonæ fidei possessio*, et notamment il pourra, s'il continue sa possession pendant le temps fixé par la loi, la transformer en propriété, ce qu'on appelle USU CAPERE [8]. Dans certaines hypothèses, la possession de bonne foi peut même, d'emblée et sans usucapion, avoir l'efficacité de la propriété, savoir : lorsque notre auteur devient par la suite propriétaire de la chose dont il nous a fait tradition, ou bien lorsque le vrai propriétaire vient, dans la suite, à se trouver dans une position qui lui impose le devoir de répondre des actes de notre auteur, particulièrement s'il devient héritier de celui-ci. Dans ces cas, en effet, non-seulement nous serons à l'abri de la revendication qui pourrait être tentée contre nous par notre auteur et son héritier ou par tout autre à qui ils auraient transmis leur droit ; mais si nous venons à perdre la possession de la chose, nous pourrons la revendiquer avec succès même entre les mains du propriétaire, sans qu'il puisse nous opposer sa qualité de *dominus*. Cette double protection nous est assurée par un moyen de droit, que nous faisons valoir dans la première hypothèse comme *exceptio rei* (*venditæ et*) *traditæ*, opposée à la revendication dirigée contre nous, et dans la seconde sous forme de réplique à l'effet de paralyser l'*exceptio dominii* par laquelle on voudrait repousser notre action. Il suffit ici d'avoir indiqué sommairement l'utilité de cet intéressant moyen dont nous aurons à développer plus amplement la nature et les effets quand nous traiterons des actions revendicatoires [9].

OBSERVATION. Nous avons dû parler diverses fois déjà de la possession de bonne foi, sans trouver une occasion favorable de donner d'une manière complète les notions nécessaires à l'effet de comprendre la nature de ce rapport juridique, auquel il est difficile d'assigner dans le système légal une place précise, à cause de la nature complexe qui lui est propre [10]. Nous sommes cependant, à l'heure qu'il est, assez avancé dans l'exposé des règles qui dominent les droits réels pour pouvoir réunir ici, dans une analyse rapide mais complète, les dispositions légales concernant la nature et les effets de cette institution. Comme nous l'avons déjà dit plus haut, on donne la qualification de *bonæ fidei possessor* à celui qui croit erronément qu'il a le droit d'avoir la chose qu'il possède, alors que cette chose, en réalité, appartient à un autre [11]. L'erreur qui produit cette

[7] *Voy.* ci-dessus, §§ 80. 88. 89. 90.
[8] *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.
[9] *Voy.* ci-après, § 120 *in fine* et § 122, note 27.
[10] *Voy.* la considération par laquelle nous terminons l'OBSERVATION.
[11] *Voy.* ci-dessus, § 83, III, et pour les détails, ci-après, § 108, note 1, et surtout, § 113, c.

croyance, quelque excusable et probable qu'elle puisse être, ne saurait certes, par elle-même, avoir pour effet de donner au possesseur le moindre droit sur la chose qui n'est pas sienne; cependant, pour des raisons d'équité et d'utilité générale, que nous aurons à indiquer aux endroits convenables, le législateur a cru devoir en tenir compte et assurer une protection assez étendue à ce pouvoir de fait, acquis d'une manière loyale. D'abord, tant que nous demeurons dans la bonne foi, nous acquérons les fruits que la chose produit, et si, pendant ce même temps, nous avons fait des impenses sur elle, nous ne pouvons être contraint à la restituer au propriétaire, à moins d'être indemnisé de ce chef [12]. Ensuite la possession que nous avons acquise de bonne foi peut se changer en droit de propriété par cela seul que nous la continuons sans interruption pendant un certain temps, fixé par la loi, ce qui s'appelle USU CAPERE, USUCAPIO [13]; — et, en attendant que cette transformation soit accomplie, nous sommes protégé non-seulement contre des agressions et usurpations illicites, mais encore contre toute lésion que notre pouvoir peut éprouver de la part de qui que ce soit, alors même que celui qui se trouve occasionner la lésion ne se serait rendu coupable d'aucun acte hostile à notre égard, pourvu seulement qu'il n'ait point lui-même sur la chose un droit meilleur que nous [14]. En d'autres termes, la possession de bonne foi ne donne pas seulement droit à la protection relative qui est accordée à toute possession au moyen des *actiones in personam* qu'on appelle interdits possessoires [15]; mais elle jouit en outre, sauf une restriction rigoureusement déterminée, de la protection absolue que la loi assure aux droits réels, au moyen d'une *in rem actio* [16] qui, dans cette application, porte le nom de *Publiciana in rem actio* [17]. Il se peut en outre, dans certaines hypothèses et par suite de circonstances particulières, que cette protection de la *bonæ fidei possessio* soit dès l'origine absolue et sans restriction, même vis-à-vis du véritable propriétaire. Nous avons indiqué ces hypothèses ci-dessus, en parlant de l'*exceptio rei venditæ et traditæ* [18]. — De cet exposé rapide, il résulte que si la possession de bonne foi est rigoureusement, comme toute autre possession, un pur état de fait, elle constitue cependant une éventualité de droit qui peut conduire à la pro-

[12] *A*) *Voy.* le paragraphe suivant. — *B*) *Voy.* ci-après, § 120, notes 13-22.

[13] *Voy.* ci-après, §§ 110-115.

[14] Nous devrions dire : *meilleur ou au moins égal*. Mais la rédaction que nous avons choisie fait mieux ressortir l'idée qu'il s'agit d'exprimer, et nous avons pu la choisir sans scrupule par la raison que, dans l'espèce, le droit qui, en thèse absolue, serait *égal*, se trouve de fait être meilleur. *Voy.* ci-après, § 122, notes 26 sqq.

[15] *Voy.* ci-dessus, §§ 88 sqq. Cf. § 79, note 1.

[16] *Voy.* ci-dessus, §§ 50 et 79.

[17] *Voy.* ci-après, § 122.

[18] *Voy.* ci-dessus, note 9.

priété et qui, en attendant cette transformation, produit des effets importants et jouit d'une protection efficace, analogue, sous presque tous les rapports, à celle qui est accordée aux droits réels, légalement établis. En tenant compte de cette nature complexe de notre institution, l'on comprendra que les règles qui dominent la matière de la possession ont dû subir plus d'une modification quand il s'est agi de les appliquer à la possession de bonne foi.

§ 108. VI. *De l'acquisition des fruits par celui qui n'est pas propriétaire de la chose* †.

Les fruits, comme accessoires, appartiennent en général au propriétaire de la chose qui les produit (§ 100). Mais il y a des cas dans lesquels un autre les acquiert, soit en vertu d'une autorisation du propriétaire, soit même, sans pareille autorisation, en vertu d'une disposition légale.

Le premier cas ne présente guère de difficulté; mais l'acquisition des fruits qui se fait sans l'autorisation du propriétaire de la chose donne lieu à une grande controverse. D'après les lois romaines, cette acquisition a lieu en faveur de celui qui de bonne foi possède la chose d'un autre [1]. Plusieurs passages de nos sources disent expressément que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la simple séparation, c'est-à-dire qu'ils lui appartiennent dès qu'ils sont séparés de la chose qui les a produits [2]. D'un autre côté, la loi accorde au propriétaire revendiquant le

† § 35-38, I., *de rerum divisione et adquirendo rerum dominio* 2, 1.

[1] Nous avons dit ci-dessus, § 107, note 11, et nous dirons avec plus de développements, ci-après, § 113, c, quand nous parlerons de l'usucapion, ce qu'il faut entendre par possesseur de bonne foi. Il importe cependant de signaler ici deux différences notables entre l'usucapion et notre matière : 1° Le droit de faire siens les fruits de la chose appartient à tout possesseur de bonne foi, alors même que sa possession ne serait pas, dans l'espèce, propre à l'usucapion. Fr. 48, D., *de a. r. d.* 41, 1. « ...Veluti, si (res) pupilli sit, aut vi possessa, aut... » – Fr. 48, § 6, D., *de furtis* 47, 2. — 2° Mais, par contre, l'acquisition des fruits exige que nous soyons de bonne foi au moment où nous voulons acquérir, tandis que pour l'usucapion il suffit que le commencement de la possession soit de bonne foi, *mala fides superveniens non nocet. Voy.* ci-après, note 8 et § 199, c.

[2] § 35, I., *de rerum divisione* 2, 1 « Si quis a non domino bona fide fundum emerit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, eius esse pro cultura et cura.... ». – § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1. « In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hædi et vituli *statim pleno iure* sunt bonæ fidei possessoris et fructuarii. » – Fr. 25, § 1, D., *eodem.* « Porro bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod *dominis* prædiorum tributum est... Plus iuris in percipiendis fructibus habet (quam fructuarius), cum fructuarii quidem non fiant ante quam ab eo percipiantur, ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint ». – Fr. 25, § 2, D., *eodem.* – Fr. 48, D., *de a. r. d.* 41, 1. « ... Denique etiam priusquam percipiat, *statim* ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emtoris fiunt... » – * Fr. 48, § 6, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 13, D., *quibus modis ususfr. amittatur* 7, 4, et Fr. 4, § 19, D., *de usurpat.* 41, 3, ci-après, note 9. Au § 35, I., *cité* (cf. Fr. 45, D., *de usuris* 22, 1 *), la disposition qui attribue la propriété des fruits au *b. f. p.* est motivée par la considération qu'il les a produits, *pro cultura et cura.* C'est inexact : il est possible que la

droit d'exiger que le possesseur de bonne foi lui restitue les fruits qui se trouvent encore chez lui, *fructus exstantes*[3]. On a cru voir entre ces deux dispositions une contradiction qui réellement n'existe pas. Il se peut fort bien, en effet, qu'on ait la propriété d'une chose et qu'en même temps on soit obligé de donner cette chose à un autre. Ainsi le vendeur reste propriétaire de l'objet vendu tant qu'il n'en a point fait tradition, mais il n'en est pas moins tenu de le livrer à l'acheteur. Le mari est propriétaire des biens dotaux et pourtant il est régulièrement tenu de les restituer après la dissolution du mariage. Celui qui reçoit une chose qui ne lui est pas due est obligé de la restituer, quoique en la recevant il en ait acquis la propriété[4]. De même le possesseur de bonne foi est tenu de restituer les fruits qui existent encore chez lui, mais il n'en est pas moins vrai qu'il en a la propriété jusqu'au moment où cette restitution a été opérée. Aussi a-t-il le droit d'en disposer comme bon lui semble, et s'il les a aliénés auparavant, le propriétaire de la chose principale ne pourra point les revendiquer chez les tiers acquéreurs. Il est donc certain que le possesseur de bonne foi acquiert la propriété des fruits de la chose qu'il possède[5], et que cette propriété ne reçoit aucune atteinte ni restriction par l'obligation personnelle de restituer les fruits encore existants, au cas que le propriétaire revendique la chose[6]. De cette manière, la contradiction apparente est complétement levée, sans qu'on ait besoin de recourir aux divers systèmes proposés par les commentateurs et qui tous sont plus ou moins contraires aux dispositions expresses de la loi ou aux principes généraux sur le droit de propriété[7].

considération de la *cultura et cura* ait été le motif qui a engagé le législateur à attribuer les fruits au possesseur de bonne foi; mais ce n'est point une condition nécessaire de l'acquisition. Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1. « *Suos*... facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed *omnes*. »

[3] *Voy.* ci-après, § 119, vers la fin.

[4] Nous nous bornons à ces trois analogies, dont on trouvera le développement théorique ci-après, t. II, §§ 275 sqq. et au chapitre de la dot, ci-après, t. III, §§ 511 sqq.

[5] Le *partus ancillæ* doit-il, dans notre matière, être considéré comme fruit? Le Fr. 48, § 6, D., *de furtis* 47, 2 paraît être pour l'affirmative. Cf. ci-dessus, § 51, note 5, et ci-après, § 126.

[6] C'est à cause de cette obligation que le Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1, dit « Fructus *interim* suos facit, quia, quod ad fructus attinet, loco domini *pæne* est ». — Faisons, au reste, observer que cette obligation est d'origine récente. *Voy.* ci-après, § 119, note 26.

[7] D'après le système le plus généralement reçu, le possesseur de bonne foi acquerrait les fruits par la séparation, mais sa propriété serait révocable et elle ne deviendrait définitive que lorsqu'il l'aurait rendue telle au moyen de l'usucapion. Cette opinion, qui est d'ailleurs incompatible avec tous les textes qui ont été et qui seront encore cités, consacre un principe bizarre : il est, en effet, juridiquement impossible d'usucaper une chose dont on est déjà propriétaire — Les mêmes reproches ne peuvent être faits à un autre système, présenté par DE SAVIGNY, *Traité de la possession*, § 22 *a*. D'après lui, le possesseur de bonne foi est également possesseur de bonne foi des fruits, et en cette qualité il peut les usucaper, comme il peut usucaper le fonds. Mais, comme les fruits séparés sont des choses mobilières, il les acquerra par le court délai de trois ans, tandis

Quant à la manière dont les fruits de la chose d'autrui s'acquièrent, il est à remarquer que le possesseur de bonne foi et l'emphytéote [8] les acquièrent par la simple séparation, quand même la séparation n'aurait pas été faite par eux [9]. Dans tous les autres cas, au contraire, la loi exige que l'acquéreur ait perçu les fruits, c'est-à-dire qu'il en ait pris possession. Ainsi le fermier et l'usufruitier n'acquièrent les fruits auxquels ils ont droit que par la perception [10]. On considère l'acquisition des fruits par ces derniers comme une espèce de tradition, faite par le propriétaire qui les autorise à gagner les fruits [11]. Or, comme la tradition exige l'acquisition du pouvoir sur la chose, il faut, de la part des acquéreurs, un acte d'appréhension qui consiste dans la perception des fruits [12], tandis que l'emphytéote et le possesseur de bonne foi n'ont pas besoin d'un pareil acte, puisqu'ils ont la possession de la chose et par conséquent aussi des fruits [13]. Cette distinction entre la perception et la séparation n'est pas sans importance pratique, surtout quand il s'agit de savoir à qui appartiennent les fruits qui existent au moment où la cause qui y donnait droit vient à cesser [14].

qu'il lui faut dix ou vingt ans pour le fonds même. Ce système est conforme aux principes généraux; mais, pas plus que la théorie vulgaire, il ne saurait être concilié avec les textes que nous avons cités et auxquels nous pouvons ajouter : Fr. 4, § 19, D., *de usurpat.* 41, 3. « ... Quoniam in fructu est, *nec usucapi debet, sed statim emtoris fit* ». — Fr. 48, § 6, D., *de furtis* 47, 2. « Ex furtivis equis nati *statim* ad bonæ fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur... »

[8] Cf. ci-après, note 13.

[9] Fr. 25, § 1, in f. Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 13, in f. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 4, § 19, D., *de usurpationibus* et Fr. 48, § 6, D., *de furtis*, transcrits à la note 7. — Pour acquérir les fruits, le possesseur doit-il être de bonne foi au moment de la séparation, ou suffit-il qu'il l'ait été au moment où il acquériat la possession de la chose qui produit les fruits? Bien qu'un passage de Julien, Fr. 25, § 2, D., *de usuris* 22, 1, n'exige la bonne foi que dans ce dernier moment, l'opinion contraire paraît préférable. Elle est confirmée par les Fr. 25, § 1. Fr. 40. Fr. 48, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[10] Fr. 78, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 12, § 5, D., *de usufr.* 7, 1. — Fr. 13, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 25, § 1, D., *de usuris* 22, 1, et les textes cités à la note suivante. — Au § 36, I., *de rer. div.* 2, 1, Justinien et Théophile semblent établir une différence entre l'usufruitier et le fermier : « Eadem *fere* et de colono dicuntur ». Mais cette différence ne se rapporte point à notre question : elle consiste uniquement en ce que le fermier transmet son droit aux héritiers, tandis que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier. — Les § 37, I., *de rer. div.* 2, 1, et Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1, paraissent attribuer à l'usufruitier la propriété du croît des animaux dès qu'il est séparé de la mère.

[11] Arg. Fr. 61, § 8, D., *de furtis* 47, 2. « ... Et ideo colonum, *quia voluntate domini eos percipere videatur*, suos fructus facere ». — Fr. 6, D., *de donationibus* 39, 5. « ... *Quasi traditio* enim facta videtur, cum eximitur (lapis) domini voluntate. . » — Cf. Fr. 16, pr. in f. D., *de præscr. verbis* 19, 5. « .... mea facta est, cum voluntate tua exemta sit ». — *Voy.* de Savigny, *Traité de la possession*, § 22 *a*.

[12] § 36, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 13, D., *quibus modis ususfructus amittatur* 7, 4. — Fr. 25, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 6, D., *de donat.* 39, 5. — Fr. 61, § 8, D., *de furtis* 47, 2.

[13] Fr. 25, § 1, D., *de usuris* 22, 1. Par analogie il faut attribuer le même droit au créancier-gagiste qui jouit de l'antichrèse. *Voy.* ci-après, § 161.

[14] Elle peut encore être importante pour décider la question de savoir à qui compètent la

§ 109. VII. *De l'adjudication.*

On entend par *adiudicatio* le jugement dans les actions en partage, par lequel le juge attribue à chacune des parties la part qui leur revient dans la chose à partager [1]. Nous exposerons ci-après, aux endroits convenables [2], les règles qui doivent guider le juge dans ces actions, soit qu'elles tendent au règlement des bornes entre voisins, *actio finium regundorum*, soit qu'elles aient pour but le partage d'une chose commune, *actiones familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* [3]. Ici nous nous bornons à dire que l'adjudication donne à chaque copartageant la propriété exclusive de la part qui lui est attribuée [4], bien entendu telle qu'elle était au moment du jugement, c'est-à-dire avec les *iura in re* dont elle était grevée ou qui existaient en sa faveur [5]. Il paraît que, dans l'ancien droit, l'adjudication ne donnait la propriété quiritaire que dans les *legitima iudicia*, tandis que la propriété adjugée dans un *iudicium imperio continens* était simplement bonitaire ou prétorienne [6].

§ 110. VIII. *De l'usucapion. — Introduction historique. — De l'ancienne usucapion* †.

Le transfert de la propriété civile se faisait à Rome sous la garantie de la nation ou de l'autorité constituée : dans la *in iure cessio*, c'était le magistrat; dans la *mancipatio*, c'étaient les témoins représentant les cinq classes du peuple, qui garantissaient à l'acquéreur son droit de propriété. Si cette garantie n'avait pas accompagné le transfert d'une chose, on pouvait y suppléer par une possession publique et manifeste exercée

revendication et la *condictio furtiva* à l'égard des fruits soustraits avant la perception. Fr. 12, § 5, D., *de usufructu* 7, 1.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 50, II. — Quelquefois le mot *adiudicare* est employé dans un sens plus large. Fr. 16, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 39, pr. D., *de iure fisci* 49, 14. « Bona fisco... adiudicari... ».

[2] Tome II, § 278. Tome III, § 405.

[3] *Voy.* sur cette matière ULPIEN, XIX, 2. 16. – § 4-6, I., *de officio iudicis* 4, 17, et les Titt. D., X, 1-3. – Tit. C., III, 36-39.

[4] ULPIEN, XIX, 16. – § 7, I., *de officio iudicis* 4, 17. — *Quid*, si les copartageants n'étaient point communistes, ou si les objets partagés ne leur appartenaient point? *Voy.* Fr. 36. D., *fam. ercisc.* 10, 2. – Fr. 17, D., *de usurpat.* 41, 2. Cf. ci-après, § 113, notes 50 sq. et t. II, § 278.

[5] Fr. 6, § 8. 9, D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 13, § 17, D., *emti* 19, 1. – Fr. 7, § 4, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — Cf. ci-après, t. II, § 278.

[6] Arg. *Vaticana fragm.* 47. « ... Item potest constitui (ususfructus) et familiæ erciscundæ, vel communi dividundo *iudicio legitimo...* » –Fr. 44, § 1, D., *fam. ercisc.* 10, 2. « Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adiudicationes *Prætor tuetur*, exceptiones aut actiones dando ».

† GAIUS, II, 41-61. – ULPIEN, XIX, 8. – PAUL, V, 2. – Tit. I., *de usucapionibus et longi temporis possessionibus* 2, 6. – Tit. D., *de usurpationibus et usucapionibus* 41, 3. – Titt. C., 7, 30-39. *Voy.* encore ci-après, § 112.

pendant un certain laps de temps [1]. En effet, cet exercice public et paisible de la propriété, au vu de la nation entière, semblait impliquer le consentemeut de tous les citoyens [2]. L'usucapion était à la mancipation ce que le droit coutumier était à la loi votée dans les comices [3]. Aussi ce mode d'acquérir est-il probablement aussi ancien que le droit des Romains. Toutefois les premiers renseignements que nous avons sur cette matière ne remontent pas au delà des Douze Tables, qui consacraient la règle, que « la propriété s'acquiert par la possession continue des fonds de terre pendant deux ans, des autres choses pendant un an [4]». Pour désigner cette acquisition, qui, plus tard, est appelée *usucapio*, la loi se sert du terme *usus auctoritas* (*usus et auctoritas*), qui indique que le laps de temps prescrit par la loi a pour effet d'ajouter au simple fait de possession, *usus*, la protection légale accordée au propriétaire, *auctoritas* [5].

Ce mode d'acquérir, attribuant la propriété civile, pouvait être utile sous deux rapports. En effet, l'usucapion servait à changer en propriété romaine 1° une possession qui originairement n'avait été que propriété bonitaire; 2° une possession qui n'avait point le caractère de propriété [6]. — Pour produire cet effet, la possession devait réunir les conditions suivantes :

A) Il fallait que l'acquéreur fût citoyen, ou qu'il eût au moins le *commercium*. ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS ESTO [7].

[1] ULPIEN, XIX, 8. « Usucapione dominia adipiscimur tam mancipi rerum quam nec mancipi. Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, immobilium biennii. » — Fr. 3, D., *de usurp. et usuc.* 41, 3. — ISIDORE, *Orig.*, V, 25.

[2] C'est là le vrai fondement de l'usucapion. Les considérations d'utilité, alléguées par GAIUS et NERATIUS (GAIUS, II, 43 et Fr. 1, D., *h. t.* « Bono publico usucapio introducta est, ne... rerum... incerta dominia essent ». — Fr. 5, pr. D., *pro suo* 41, 10. « .... ut aliquis litium finis esset ». Cf. CIC., *pro Cæcina*, 26 « usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium ») n'ont aucune base historique. Il est impossible d'admettre que, du temps des Douze Tables et bien longtemps après encore, il ait pu y avoir incertitude sur le *dominium* d'un *ager privatus* après deux ans. *Voy.* ci-dessus, § 91, notes 3 et suivantes.

[3] JULIEN, Fr. 32, § 1, D., *de legibus* 1, 3. « ... Nam quid interest, *suffragio* populus voluntatem suam declaret an *rebus ipsis et factis?*

[4] CICÉRON, *pro Cæcina*, 19, ci-après, note 17; *topica*, 4 et BOETHIUS *ad h. l.* — GAIUS, II, 41, ci-après, note 6.

[5] C'est dans le même sens que la loi des Douze Tables disait : ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS ESTO. « Le citoyen peut *toujours* revendiquer sa chose contre l'étranger; la loi lui garantit *toujours* sa propriété contre l'étranger. » Cf. CIC., *pro Cæcina*, 26 « rata auctoritas »; *de officiis* I, 12, et ci-après, note 7. — Dans ces dispositions légales, le mot *auctoritas* signifie donc la protection légale, la garantie de la nation. Mais il est également employé, et c'est même plus tard la signification ordinaire du terme, pour désigner la garantie qu'un particulier doit à un autre, spécialement dans les aliénations : *auctoritatem præstare*. PAUL, II, 17, 1. 3. — *Vatic. fragm.* 10.— Fr. 76. D., *de evict.* 21, 2, et *passim*. *Voy.* ci-après, t. II, § 212, notes 25 et suivantes.

[6] *A*) GAIUS, II, 41. 204 in f. III, 80. — ULPIEN, I, 16, et ci-dessus, § 92, c, 1. — *B*) GAIUS, II, 43. 44. — ULPIEN, XIX, 8. — Pr. 1., *h. t.* — Fr. 2, § 15. 16, D., *pro emtore* 41, 4.

[7] CICÉRON, *de officiis* I, 12. — GAIUS, II, 65. — Cf. ci-dessus, note 5.

B) Il fallait que la chose fût susceptible d'être acquise. Il va sans dire qu'on ne pouvait usucaper les choses hors du *commercium*, c'est-à-dire non susceptibles du domaine privé *ex iure Quiritium*, comme les hommes libres, les *res publicæ* et *universitatis*, ainsi que les fonds provinciaux [8]. En outre, la loi des Douze Tables avait excepté de l'usucapion certaines choses, tant immobilières que mobilières, savoir : *a*) le lieu où existe un tombeau, ainsi que le chemin qui y conduit, *bustum et forum* [9]; *b*) les cinq pieds qui se trouvaient entre les champs, *quinque pedes* [10]; *c*) les *res mancipi* qu'une femme soumise à la tutelle des agnats avait aliénées sans l'autorisation de son tuteur [11]; *d*) les choses volées, *res furtivæ* [12]. Cette dernière disposition des Douze Tables fut confirmée par une loi *Atinia*, qui introduisit en même temps le principe que le vice inhérent aux choses volées disparaît dès qu'elles sont rentrées au pouvoir du maître [13]. Dans l'origine, cette défense d'usucapion semble avoir embrassé tant les immeubles que les choses mobilières. Mais quand on eut posé en principe qu'il n'y a pas de vol possible à l'égard des immeubles, la loi *Iulia et Plautia* [14] remplit la lacune qui aurait pu naître de l'application de cette règle, et interdit l'usucapion des immeubles dont le propriétaire aurait été dépossédé violemment, *res vi possessæ* [15]. — A ces prohibitions on ajouta par la suite celle des choses aliénées au mépris d'une défense légale, et diverses autres que nous indiquerons dans l'exposé de la législation de Justinien sur cette matière [16].

C) On exigeait une possession continue de deux ans pour les fonds de terre, d'un an pour toutes autres choses. Il paraît que dans le principe les

[8] Gaius, II, 48. — § 1, I., *h. t.* — Fr. 9. 43, pr. D., *eodem*.

[9] Cicéron, *de legibus*, II, 24. « Quod autem forum (id est vestibulum sepulcri) bustumve usucapi vetat, tuetur ius sepulcrorum. Hæc habemus in Duodecim. » — Festus, v. *Forum*. — Le même, v. « *Bustum*... proprie dicitur locus, in quo mortuus est combustus et sepultus... » — Servius *ad Verg. Æn.* XI, 201.

[10] Cic., *de legibus*, II, 21. — *Gromatici*, 12, 15; 126, 3 (p. 53 Goës.). — Cf. ci-dessus, § 95, note 16; ci-après, § 111, note 4; § 113, note 8, et t. II, § 278.

[11] Cic., *ad Atticum*, I, 5. — Gaius, II, 47. — *Vatic fragm.* 1. 259. *Voy.* ci-après, t. III, § 354.

[12] Gaius, II, 45. — § 2, I., *h. t.* et Théophile, *ad h. l.*

[13] Cic., *in Verrem*, II, 1, 47. — Aulu-Gelle, XVII, 7. « Quod subreptum erit, eius rei æterna auctoritas esto ». — § 2, I., *h. t.* — Fr. 4, § 6-14. Fr. 42, D., *eodem*. — Fr. 215, D., *de verb. signif.* 50, 19. Dans Théophile, ad § 2, I., *cité*, cette loi est appelée Ἀτίλιος νόμος; mais c'est probablement une erreur de copiste; car presque tous les autres auteurs et la plupart des manuscrits des Institutes et du Digeste disent *Atinia*. *Voy.* Schrader, ad § 2, I., *cité*. — La loi Atinia paraît avoir été portée du temps de Q. Mucius Scævola ou quelque temps auparavant. Aulu-Gelle, *loco citato*.

[14] C'est-à-dire loi Julia et loi Plautia, ou plutôt loi Plautia et loi Julia, car la loi Plautia est plus ancienne; elle date de 665. *Voy.* Fr. 34, § 2, D., *h. t.*

[15] Gaius, II, 45. 51. — § 2. 8, I., *h. t.* et Théophile, *ad h. l.* — Fr. 4, § 22. 25. Fr. 33, § 2, D., *eodem*. — Fr. 86, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 6, D., *vi bonorum raptorum* 47, 8. — L. 5, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26.

[16] *Voy.* ci-après, § 113, A, nos 5 sqq.

maisons n'étaient point comprises sous la dénomination de *fundi;* par la suite, on les considéra comme l'accessoire du fonds, et on étendit le délai de deux ans à toutes les choses immobilières [17].

D) Enfin il fallait que le pouvoir exercé par l'*usucapiens* eût une cause légitime, telle qu'en acquérant la possession il pût se croire en droit d'avoir la chose comme maître. Dans la personne du propriétaire bonitaire, cette croyance était justifiée et légitimée par l'acte même qui lui avait donné la possession de la chose; mais en dehors de cette hypothèse, il ne suffisait pas toujours que la prise de possession eût eu lieu par suite d'un acte propre à donner la propriété. Notamment quand nous avions acquis la chose par un mode dérivé, l'acte le plus légal n'eût pas constitué pour nous une *iusta causa possessionis,* si nous avions pu croire, au moment de l'acquisition, que notre auteur ne fût pas propriétaire ou n'eût pas la capacité d'aliéner : la conviction contraire était indispensable. C'est pourquoi l'on disait que, en outre de l'acte propre à transférer la propriété, il fallait que la possession eût été acquise de bonne foi [18]. Cette décomposition de l'idée qu'on avait probablement, dans l'origine, exprimée par le terme général *iusta causa* [19], ne s'appliquait rigoureusement qu'aux acquisitions dérivées [20]; mais comme ce sont là de fait les acquisitions les plus nombreuses et les plus importantes, elle finit par être généralisée, et du temps des jurisconsultes classiques, on avait admis comme règle que toute usucapion, en dehors de la propriété bonitaire, exigeait la réunion de deux conditions : *iusta causa* ou *iustus titulus* et *bona fides* [21]. Il était cependant resté quelques cas dans lesquels l'analyse que nous venons d'esquisser n'était aucunement applicable, et qui dès lors semblaient constituer des exceptions à la règle générale [22]. Gaius

[17] Cicéron, *topica,* 4. « Quod in re pari valet, valeat in hac quæ par est : ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. At in lege ædes non appellantur, et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus ». — Le même, *pro Cæcina,* 19. « Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. At utimur eodem iure in ædibus, quæ in lege non appellantur ». — Gaius, II, 42. 54. — Ulpien, XIX, 8. — Pr. I., *h. t.* et Théophile, *ad h. l.* — Isidore, *Orig.*, V, 25.

[18] Fr. 109, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Bonæ fidei emtor videtur qui ignoravit rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse ». — Cf. Gaius, II, 43 et Fr. 12, D., *h. t.*

[19] Ou *iustum initium.* Paul, V, 2. 4. — L. 7, Th. C., *de liberali causa* 4, 8. — § 12, I., *h. t.*

[20] Aussi Gaius, II, 43, en opposant à l'usucapion du bonitaire celle du possesseur de bonne foi, ne parle-t-il que du cas où *res non a domino nobis traditæ fuerint, cum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse.* — Justinien et Théophile s'expriment de la même manière. Pr. I., *h. t.*

[21] *Voy.* ci-après, § 113, c. d. et Observation.

[22] Nous disons : « semblaient constituer ». Il est vrai, qu'en prenant rigoureusement la définition que les jurisconsultes romains donnent de la *bonæ fidei possessio* (ci-après, § 113, notes 28 sqq.), ce sont des exceptions réelles; mais il est impossible de refuser moralement la bonne foi à l'*usucapiens* dans la plupart des cas dont nous aurons à parler. Même la *pro herede usucapio lucrativa* était, à son origine, parfaitement légitime. *Voy.* ci-après, notes 25-28.

nous cite les hypothèses suivantes [23] : 1° L'*usucapio pro herede* [24]. Si, après le décès d'un citoyen, les biens délaissés par lui demeuraient sans maître [25], le premier venu, pourvu qu'il eût *commercium mortis causa* [26], pouvait s'emparer de la succession, la posséder comme s'il était héritier, *pro herede*, et l'acquérir au moyen de la possession continue d'un an [27]. Cette usucapion était fondée sur l'idée qu'un patrimoine délaissé par un défunt est *res nullius*, tant qu'il n'est point entré au pouvoir d'une autre personne qui succède au défunt [28], et elle pouvait paraître légitime aussi longtemps que cette idée dominait. On la conserva même plus tard encore par des motifs d'utilité [29] ; on en étendit même l'emploi, en admettant l'acquisition, non-seulement de l'hérédité même avec ses avantages et charges, mais encore de choses déterminées faisant partie de la succession [30]. Cependant, le sentiment moral finit par réprouver ce mode d'acquisition, et dès lors la jurisprudence et la législation commencèrent à réagir contre une opération que l'opinion considérait comme malhonnête, *lucrativa et improba* [31]. L'usage en fut d'abord restreint par une règle que nous avons déjà citée, et d'après laquelle *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Il en résultait que celui qui avait détenu une chose du défunt sans titre ou à titre de dépôt, de louage, de prêt, etc., ne pouvait pas, de sa seule volonté, commencer à posséder et à usucaper *pro herede*. De cette manière, les véritables héritiers étaient protégés, au moins, contre l'usucapion clandestine [32]. Adrien alla plus loin et leur permit de revendiquer au moyen de la pétition d'hérédité toute chose

[23] M. Machelard, *Théorie générale des Interdits*, pages 80-106, donne un commentaire excellent de cette partie des Institutes de Gaius.

[24] Gaius, II, 52-58. III, 201. — On trouvera les détails de cette intéressante institution du droit primitif des Quirites, ci-après, t. III, § 411.

[25] Nous nous servons ici de l'expression un peu vague : sans maître, dont l'explication se trouve dans les passages suivants : Gaius, II, 52. III, 201. – Fr. 4, § 4. Fr. 29, D., *h. t.* – Fr. 68. 69. 70. 71, § 1, D., *de furtis* 47, 2. – Fr. 1, § 15, D., *si is, qui testamento* 47, 4. — *Voy.* M. Machelard, *l. l.* pages 84 sqq.

[26] Fr. 4, D., *pro herede* 41, 5.

[27] D'un an. L'*hereditas*, en effet, est une abstraction et ne peut, par conséquent, être considérée comme une *res soli*, alors même qu'elle comprendrait des immeubles. Gaius, II, 54.

[28] *Voy.* ci-après, t. III, § 411, note 26.

[29] « Quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent.... et creditores haberent a quo suum consequerentur ». Gaius, II, 55, pense que c'est ce motif qui a fait créer l'institution. Il en est de cette explication comme de celles que nous avons mentionnées ci-dessous, note 2. *Voy.* t. III, § 411, notes 26-31.

[30] Dès lors, l'usucapion de l'hérédité même dut devenir plus rare et finir par tomber en désuétude. Sénèque, *de beneficiis*, VI, 5. – Gaius, II, 54. « Quamvis *postea creditum sit*, ipsas hereditates usucapi non posse ». — Il est à remarquer que, dans cette usucapion des *res hereditariæ*, on conserva le délai d'un an même pour les choses immobilières. Gaius, II, 53. 54.

[31] Gaius, II, 55 sqq. – Cf. Fr. 33, § 1, D., *h. t.* – Fr. 2, § 1, D., *pro herede* 41, 5.

[32] *Voy.* ci-dessus, § 84, notes 24-28, et les passages y cités, particulièrement Fr. 33, § 1, D., *h. t.* et Fr. 2, § 1, D., *pro herede* 41, 5.

usucapée sans bonne foi, de quelque manière que ce fût [33]. Mais le *prædo*, c'est-à-dire le possesseur de mauvaise foi, pouvait toujours faire valoir son usucapion contre les tiers, jusqu'à ce qu'enfin Marc-Aurèle punît criminellement le vol de choses provenant d'une succession, en établissant le *iudicium criminis expilatæ hereditatis* [34]. Depuis, personne ne peut plus se prévaloir d'une possession de choses héréditaires sans bonne foi, et dans le droit nouveau, il n'est plus question de cette *usucapio lucrativa pro herede* [35]. 2° Deux cas particuliers d'*usureceptio*, c'est-à-dire de réacquisition par *usus* d'une chose qui nous avait appartenu et dont nous avions perdu la propriété [36]. Celui qui avait mancipé à un autre une chose *cum fiducia*, c'est-à-dire sous la promesse que la chose lui serait rendue, en recouvrait la propriété, par la possession continue d'un an, sans qu'il eût besoin de l'acquérir par remancipation ou rétrocession [37]. De même on pouvait réusucaper par une possession de deux ans une chose immobilière qu'on avait engagée à l'Etat, et qui avait été vendue par ce dernier. La vente faite par l'État s'appelait dans ce cas *prædiatura*, et le fait de réusucaper la chose vendue était désigné par le terme : *ex prædiatura possessionem usurecipere* [38]. — A ces hypothèses d'usucapion sans bonne foi, indiquées par Gaius, l'on peut encore ajouter l'usucapion de la femme par le mari, l'usucapion des *res mancipi* aliénées par une femme sans l'autorisation de son tuteur, l'usucapion des choses données au mépris de la loi *Cincia*, enfin l'usucapion de l'esclave qui nous est adjugé à titre de noxe ensuite de l'action dirigée contre quelqu'un qui possède l'esclave

[33] Gaius, II, 57. « Sed hoc tempore etiam non est lucrativa. Nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur : et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit, hereditatem petendo, perinde eam rem consequi ac si usu capta non esset. » Il est probable que celui qui avait demandé et obtenu la *bonorum possessio* jouissait de cette faculté déjà avant Adrien. *Voy.* ci-après, t. III, § 410, notes 2. 3. 17 et § 411, notes 37. 38. — Du temps de Dioclétien, il était admis « nihil pro herede usucapi, *suis heredibus existentibus* ». Quelle est la portée de cette disposition? *Voy.* t. III, § 411, note 40.

[34] Titt. D., *expilatæ hereditatis* 47, 19; C., *eodem* 9, 32. *Voy.* ci-après, t. II, § 269, note 8.



[35] Nous verrons ci-après, § 113, note 16, l'hypothèse dans laquelle on peut, sous le droit nouveau, admettre une *usucapio pro herede* avec bonne foi.

[36] Gaius, II, 59. « ... Dicitur *usureceptio*, quia id, quod aliquando habuimus, *recipimus* per usucapionem. »

[37] Gaius, II, 59, 60. *Voy.* les détails ci-après, § 133, notes 6 sqq.

[38] *Voy.* ci-dessus, § 24, notes 9 sqq., et Gaius, II, 61. « Idem si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usureceptio; sed hoc casu prædium biennio usu recipitur. Et hoc est, quod vulgo dicitur ex prædiatura possessionem usu recipi : nam qui mercatur a populo, prædiator appellatur. » Ce passage de Gaius ne fait guère connaître la nature de l'opération à laquelle il se rapporte. Il s'y agit probablement d'un cas où l'ancien propriétaire de l'immeuble vendu par l'État avait, après la vente mais avant la livraison, désintéressé l'État, ou remboursé l'acheteur de son prix d'achat. Cf. Fr. 9, D., *de rescindenda venditione* 18, 5. Dès lors il se trouvait, en effet, dans une position analogue à celle du débiteur qui a payé la créance pour laquelle il avait *sub fiducia* mancipé sa chose, et il avait besoin de l'usucapion pour en réacquérir le *dominium ex iure Quiritium*. *Voy.* ci-après, § 133, notes 6 et 7.

sans en être propriétaire[39]. Il est vrai que ces applications de l'usucapion n'existent plus dans la législation de Justinien, sauf toutefois celle qui concerne l'esclave noxal; mais elles démontrent suffisamment que l'analyse qui résume la *iusta causa* par les deux éléments appelés *bona fides* et *iustus titulus*, était loin d'être exacte et absolue du temps des jurisconsultes classiques. Nous aurons l'occasion de montrer ci-après que, même dans le droit nouveau, elle mérite encore plus ou moins le même reproche et que, loin de simplifier et de préciser la notion de la *iusta causa*, elle a plutôt eu pour effet de créer des complications et des difficultés dans notre matière [40].

§ 111. *De la longi temporis præscriptio* †.

L'usucapion n'était point applicable aux *peregrini* ni aux fonds provinciaux. Mais nous trouvons dans les provinces une institution qui produisait de fait des effets plus ou moins analogues. C'est le principe de la *præscriptio temporalis*, appliqué à la revendication. Si quelqu'un avait possédé un immeuble pendant longtemps, le préteur ou le proconsul le maintenait dans cette possession, en lui donnant contre toute revendication possible une *exceptio temporalis*, appelée *præscriptio longi temporis*. Le *longum tempus*, qui, dans le principe, n'était peut-être pas de même durée dans les diverses provinces, fut par la suite fixé d'une manière uniforme à dix ans *inter præsentes*, c'est-à-dire quand le demandeur et le défendeur habitaient la même province, et à vingt ans *inter absentes*, quand ils demeuraient dans des provinces différentes [1].

Originairement cette prescription ne donnait, à la vérité, qu'une sécurité de possession, *securitas possessionis*, et non pas la propriété [2], mais

[39] *A*) *Voy.*, ci-après, t. III, § 338. — *B*) *Vaticana fragm.* 1. Cf. ci-après, t. III, § 334. — *C*) *Vaticana fragm.* 293, et ci-après, t. II, § 253. — *D*) *Voy.* ci-après, § 113, note 46.

[40] *Voy.* ci-après, § 113, c. d. et Observation.

† Paul, V, 2, 3. 4. 5. — § 12, I., *de usucap. et longi temporis possessionibus* 2, 6. — Tit. D., *de diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum* 44, 3. — Tit. Th. C., *de longi temporis præscriptione* 4, 13. — Tit. I. C. *communia de usucapionibus* 7, 30. — Tit. I. C. *de præscr. longi temporis* 7, 33. — Titt. I. C. 7, 34-39.

[1] On a agité la question de savoir si la *longi temporis præscriptio* est d'origine prétorienne, ou si elle a été créée par les empereurs. Il est probable que l'institution était dans les mœurs et dans les lois des peuples soumis aux Romains, et que c'est à ce titre que les gouverneurs la reçurent dans leurs édits provinciaux. Les premières traces, peu certaines, s'en trouvent chez les *Gromatici*, p. 43, 11; 76, 3 (80 sq. Goës). Au Fr. 21, D., *de usurpat.* 41, 3, Javolenus parle de la *l. t. præscriptio*, mais ce texte est suspect. Il n'en est pas de même d'un passage de Papinien, *Vatic. fragm.* 7. — Le délai uniforme de dix et vingt ans doit évidemment son origine à des constitutions impériales. Paul, V, 5 *a*, 8. — Fr. 76, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 16, § 3, D., *qui, et a quibus manumissi* 40, 9. — L. 3, Th. C., *de liberali causa* 4, 8. — L. 1, C., *de l. t. præscr. quæ pro libertate* 7, 22. — Cf. Paul, V, 5 *a*, 8.

[2] Fr. 5, § 1. Fr. 12. D., *h. t.* 44, 3. — L. 1. 2. 7, C., *si adversus creditorem* 2, 38. — L. 7, C.,

il paraît que la pratique chercha à l'assimiler de plus en plus à l'usucapion, ce qui était d'autant plus facile qu'elle n'était point régie par des lois positives. Aussi s'habitua-t-on à exiger de la part de celui qui voulait s'en prévaloir, des conditions qui ne différaient guère de celles requises pour l'usucapion, savoir :

1) Possession continue, *diutina possessio*.

2) Acquisition de la possession en vertu d'un juste titre et de bonne foi, *iustum initium possessionis*. Il est probable que dans le principe la *præscriptio longi temporis* n'était pas admise sans restriction quand le possesseur avait acquis à titre lucratif [3].

3) Originairement la *longi temporis præscriptio* n'avait eu lieu qu'à l'égard des fonds provinciaux [4]. Mais du temps des Sévère, on l'admit pour les choses mobilières, avec exclusion des choses volées [5], et il paraît que sous Dioclétien on l'appliquait également aux fonds italiques [6].

Sauf le délai et quelques détails, ce n'est donc guère que par les effets que ces deux institutions différaient dans les derniers temps de l'Empire et encore cette différence n'était pas très-sensible au point de vue pratique. En effet, il importe peu que nous disposions d'une chose à titre de propriétaire ou à titre de possesseur [7], pourvu que, dans ce dernier cas, nous soyons protégé contre les attaques qui peuvent être dirigées contre notre possession. Dans un seul cas, à la vérité, le possesseur pouvait regretter de n'avoir point la revendication de la chose qu'il avait prescrite, savoir, lorsqu'il en avait perdu la possession, et qu'elle avait passé dans les mains d'un tiers qui fût également possesseur de bonne foi ou même le propriétaire originaire de la chose. Cependant tout nous autorise à croire que, dans ce cas, on lui donnait l'action Publicienne, et

quibus non obiicitur longi temporis præscriptio 7, 35. — L. 7, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39.

[3] PAUL, V, 2, 4. — L. 2. 4. 5. 8. 9. 11, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33. — L. un. C., *de usucapione transformanda* 7, 31.

[4] Signalons un point peu important, mais qui prouve la tendance d'assimiler les deux institutions. Une constitution de Valens et Valentinien I constate que la *præscriptio temporis* ne s'appliquait point à l'espace qui forme la limite entre deux champs. *Consultatio veteris icti*, IX, 4. Cf. ci-dessus, § 110, note 10, et ci-après, § 113, note 8.

[5] MARCIANUS, Fr. 9, D., *de diversis temp. præscr.* 44, 3. « Rescriptis quibusdam Divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit præscriptioni diutinæ possessionis ». — MODESTIN, Fr. 3, D., *eodem*. — L. 1, C., *de servo fugitivo* 6, 1. Cf. L. 2, C., *in quibus causis cessat l. t. præscr.* 7, 34. — Au Fr. 45, pr. D., *de usurpat.* 41, 3, Papinien proclame que la *l. t. pr.* ne s'applique point aux *loca iuris gentium publica*, tels que *ædificia in littore posita et derelicta*.

[6] Arg. DIOCL. et MAXIMIEN, Inscr. L. 3, C., *quibus non obiicitur l. t. præscriptio* 7, 35.

[7] Sous d'autres rapports, les deux institutions différaient encore en ce que 1° l'action intentée par le propriétaire interrompait la *l. t. præscriptio*, mais non pas l'usucapion ; 2° que la *l. t. præscriptio* pouvait amener l'extinction des hypothèques établies sur la chose possédée, tandis que l'usucapion ne produisait point cet effet extinctif. *Voy.*, sur ces deux points, ci-après, § 113, note 62 ; § 119, notes 11. 14 ; § 168, n° 6.

qu'il avait le droit de repousser, au moyen de la *replicatio longi temporis*, l'*exceptio dominii* que le défendeur aurait pu lui opposer [8]. Dès lors, on le sent, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour assimiler entièrement la *longi temporis præscriptio* à l'usucapion. A cet effet, il fallait donner directement une action réelle et absolue à celui qui de fait pouvait déjà obtenir le même résultat par voie détournée au moyen d'une réplique.

Justinien réalisa cette réforme législative [9], en fondant les deux institutions en une seule, qu'il compléta au moyen de la * *longissimi temporis præscriptio* que Théodose II avait créée un siècle auparavant [10].

§ 112. *Législation de Justinien.*

Du temps de Justinien, tous les sujets de l'Empire étaient citoyens romains et avaient la capacité personnelle d'usucaper. D'un autre côté, depuis les invasions des barbares, le nombre des fonds italiques, qui seuls étaient susceptibles de l'usucapion, était fort restreint. Il en résultait que l'usucapion était d'une application générale pour les choses mobilières, tandis qu'elle n'avait guère lieu pour les immeubles à l'égard desquels les possesseurs devaient se servir de la *longi temporis præscriptio*.

Pour fondre ensemble les deux institutions, Justinien prit donc les mesures suivantes. Il appliqua d'abord à l'usucapion des immeubles le délai et jusqu'au nom de la *longi temporis præscriptio*. Ensuite, l'empereur offrit, comme moyen d'acquisition, à ceux qui ne pouvaient se prévaloir ni de l'usucapion ni de la *longi temporis præscriptio*, la prescription de trente ou quarante ans, qui devait produire les effets de l'usucapion, quand la possession était de bonne foi. Dans le cas contraire, elle ne devait être qu'une simple exception, c'est-à-dire qu'elle ne servait qu'à

[8] L. 8, pr. C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39. « Si quis emtionis. . . . . . titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis præscriptionem contra dominum eius... sibi adquisierit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eamdem habere sancimus. *Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* » — Arg. Fr. 28, D., *de noxal. act.* 9, 4. « Et generaliter, si alieni servi nomine, qui tibi iustam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxæ dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali... eum summovere possum ; *sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem, si dominus eius sit, utilem mihi replicationem doli mali profuturam : ... quoniam... iustam causam possidendi habeo* ». Cf. Fr. 10, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5.

[9] Réforme qui paraît déjà avoir été entreprise par Alaric, à en juger des *Sentences* de PAUL, qui nous ont été conservées par la *Lex romana Visigothorum*, et dans lesquelles le titre qui porte l'inscription *De usucapione*, V, 2. s'occupe également de la *longi temporis præscriptio*.

[10] *Voy.* ci-dessus, § 58, note 5, et § 61, OBSERVATION. Le terme *longissimi temporis præscriptio* ne se rencontre pas comme terme technique, mais nous croyons pouvoir nous en servir pour remplacer la locution embarrassante de *præscriptio* XXX *vel* XL *annorum*.

repousser la revendication, sans donner aucun droit à celui qui s'en prévaudrait. Enfin, pour établir une proportion plus convenable, il porta à trois ans le délai d'usucapion pour les meubles, qui autrefois n'avait été que d'un an [1].

Le système de Justinien se présente donc comme suit :

1° Celui qui de bonne foi, et en vertu d'un juste titre, possède une chose susceptible d'être usucapée pendant trois ans, si elle est mobilière, pendant dix ou vingt ans, si elle est immobilière, en acquiert la propriété par *usucapio* ou *longi temporis præscriptio.*

2° Celui qui, sans réunir toutes les conditions indiquées, possède de bonne foi une chose pendant trente ans, en acquiert la propriété par *longissimi temporis præscriptio.*

3° Celui qui ne possède pas de bonne foi peut encore, après trente ans, opposer la *longissimi temporis præscriptio;* mais, dans ce cas, cette prescription n'a point pour effet de lui donner la propriété de la chose possédée : elle lui sert simplement comme exception à l'effet de repousser la revendication [2].

Observation. On a l'habitude de donner le nom de prescription acquisitive au mode d'acquérir dont nous traitons ici, en opposition à la *præscriptio temporalis*, dont il a été question dans les §§ 58-61, et qu'on désigne par le nom de prescription extinctive. Nous croyons utile de réserver le nom de prescription exclusivement à cette dernière, et d'employer de préférence le mot *usucapio* quand il s'agit de l'acquisition de la propriété par possession continue. En effet, les termes pris dans cette acception ont l'avantage de rappeler l'origine et la nature particulière de chacune de ces deux institutions.— Nous appellerons usucapion ordinaire celle qui s'accomplit par le laps de trois et de dix ou vingt ans, et extraordinaire celle qui exige une durée plus longue.

§ 113. *Conditions requise pour l'usucapion ordinaire* †.

On a résumé les conditions requises pour l'usucapion ordinaire dans le vers mnémonique suivant : *Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.*

A) *Res habilis*, une chose susceptible d'être usucapée. — En général,

[1] Voici, dans l'ordre chronologique, les diverses constitutions par lesquelles Justinien réalisa ces réformes : L. 8, C., *de præscriptio* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39, probablement de l'an 528. — L. un. C., *de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi* 7, 31 de l'an 531. – L. un. C., *de nudo iure Quiritium tollendo* 7, 25, et L. 12, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33, de la même année. Cf. Pr. I., *de usucapionibus et longi temporis præscriptionibus* 2, 6.

[2] *Voy.* les détails ci-après, § 115, vers la fin.

† Tit. I., *de usucapionibus et longi temporis præscriptionibus* 2, 6. – Tit. D., *de usurpationibus et usucapionibus* 41, 3. – Titt. C., cités au § 112, note 1.

toute chose qui est dans le commerce peut être acquise par l'usucapion ordinaire [1]. Il y a cependant plusieurs exceptions, savoir : 1) Les choses volées, *res furtivæ* [2]. Il va sans dire que le voleur ne peut point les usucaper, car il n'a ni juste titre ni bonne foi; mais les tiers acquéreurs, même de bonne foi, ne peuvent non plus en acquérir la propriété par usucapion [3]. Le vice inhérent à ces choses n'est purgé que lorsqu'elles sont revenues au pouvoir de leur maître [4]. 2) Les immeubles dont le propriétaire a été expulsé par violence, *res vi possessæ* [5]. Justinien, cependant, a restreint cette incapacité au premier acquéreur de bonne foi; de sorte qu'un tiers qui de bonne foi acquiert de ce dernier, peut, dans le droit nouveau, se prévaloir de l'usucapion [6]. 3) Les immeubles qu'un possesseur de mauvaise foi aurait aliénés à l'insu du propriétaire [7]. 4) L'espace

[1] Il est évident que les choses nors du commerce ne peuvent point être acquises par la possession la plus longue. GAIUS, II, 58. — § 1, I., *h. t.* — Fr. 9. Fr. 45, pr. D., *eodem.*

[2] *Voy.* ci-dessus, § 110, notes 2 sqq., et GAIUS, II, 45. 49. 50. — § 2-6. I., *h. t.* — Fr. 4, § 6-22. Fr. 33, D., *h. t.* D'après les idées romaines, l'esclave fugitif est considéré comme s'étant volé lui-même. § 1, I., *h. t.* — Fr. 60, D., *de furtis* 47, 2. — L. 1, C., *de servis fugitivis* 6, 1. — Nos sources contiennent de nombreuses décisions sur la question de savoir si, dans un cas donné, une chose doit être considérée comme *furtiva :* § 12, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 20, § 1, D., *de furtis* 47, 2 (Cf. Fr. 5, D., *pro emtore* 41, 4). — L. 12 in f. C., *de furtis* 6, 2. — L. 1. 7, C., *de usuc. pro emtore* 7, 26. — L. 2, C., *de usuc. pro donato* 7, 27. — L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31. — Pour les fruits d'une chose volée, *voy.* Fr. 4, § 15. 19. Fr. 10, § 2. Fr. 33, pr. Fr. 44, § 2, D., *h. t.* — Fr. 26, D., *de statu hominum* 1, 8. — Fr. 11, § 4, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. — Fr. 9. 10, D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 4, § 2, D., *pro suo* 41, 10. — Fr. 48, § 5, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 26, D., *de verb. significat.* 50, 16.

[3] C'est pourquoi l'usucapion des choses mobilières est en général très-difficile ; car toute aliénation d'une chose d'autrui, faite par quelqu'un qui agit avec connaissance de cause, constitue un vol, quand même l'acquéreur serait de bonne foi. GAIUS, II, 50. « Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessori usucapio competat, quia, qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet : nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam, vel apud eum depositam, existimans eam esse hereditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit ; item, si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit. *Furtum enim sine affectu furandi non committitur.* Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat, ut a possessore usucapiatur ». *Voy.* aussi PAUL, V, 2, 5. — § 3. 6, I., *h. t.* — Fr. 4, § 3. Fr. 36. 37, pr. D., *h. t.* — Fr. 4, D., *pro derelicto* 41, 7. — Fr. 4, D., *pro legato* 41, 8. — Fr. 2, D., *pro suo* 41, 10.

[4] § 8, I., *h. t.* — Fr. 4, § 6. Fr. 24. § 1, D., *eodem* 41, 3. — Fr. 215, D., *de verb. sign.* 50, 16. — Diverses décisions se trouvent : Fr. 4, § 7-14. 21. Fr. 32, pr. Fr. 41. 42. 49, D., *h. t.* — Fr. 5. 7, § 3. Fr. 7, D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 20, § 1. Fr. 28, § 4. Fr. 84 (86), D., *de furtis* 47, 2. — L. 10. 12, C., *eodem* 6, 2. — L. 6, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26. Cf. Fr. 6, § 3, D., *de precario* 43, 26.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 110, note 15, et GAIUS, II, 45. — § 2. 7, I., *h. t.* — Fr. 4, § 22-25, D., *eodem.* — Le vice provenant de la possession violente est purgé, si la chose rentre au pouvoir du propriétaire, § 8, I., *h. t.* — Fr. 4, § 26. Fr. 33, § 2, D., *eodem.* — Fr. 84 (86), D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 6, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. — L. 5, in f. C., *de usucap. pro emtore* 7, 26. *Voy.* aussi Fr. 6, § 3, D., *de precario* 43, 26.

[6] *Nov.* 119, c. 7.

[7] *Nov.* 119, c. 7. — AUTH. Malæ fidei possessores, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33.

qui sert de limite entre deux champs [8]. 5) Les choses dont l'aliénation est défendue par la loi [9]. Dans cette catégorie doivent être rangées les choses litigieuses aliénées [10]; les immeubles dotaux pendant la durée du mariage et aussi longtemps que la femme est légalement empêchée d'en poursuivre la restitution [11]; les biens des enfants sous puissance [12]; ainsi que les biens des pupilles et des mineurs, aliénés sans l'observation des formalités prescrites [13]. 6) Les choses léguées que l'héritier chargé du legs aliène au mépris de la défense du testateur, ainsi que les choses que le tuteur d'un héritier impubère aliène contrairement à la volonté du testateur [14]. 7) Les biens du fisc et du prince [15]. 8) Les immeubles des églises, des établissements de bienfaisance et des communes [16]. 9) Les matériaux qui ont été employés dans une construction par le non-propriétaire, aussi longtemps que la construction subsiste [17]. 10) Enfin, les cadeaux reçus par un magistrat en contravention à la loi *Iulia repetundarum*, tant qu'ils ne sont pas revenus au pouvoir de celui qui les a donnés ou de ses héritiers [18].

B) Possession de la chose, le mot pris dans le sens juridique : pouvoir physique, acquis et exercé *animo domini* [19]. On ne peut donc usucaper les choses qui ne sont pas susceptibles d'être possédées [20]; ensuite,

[8] L. 6, C., *finium regundorum* 3, 39. — *Voy.* ci-dessus, § 95, note 16; § 110, note 10; § 112, note 4, et ci-après, t. III, § 278.

[9] Arg. Fr. 28, pr. D., *de verb. sign.* 50, 16. « Alienationis verbum etiam usucapionem continet : vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi... » — Fr. 12, § 4, D., *de Publiciana act.* 6, 3. « Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Prætor tuetur, ne contra leges faciat. »

[10] L. 2. 4, C., *de litigiosis* 8, 37. — Cf. L. 1, C., *de præscr. l. t.* 7, 33, et ci-dessus, § 54 *in fine*.

[11] Fr. 26, D., *de fundo dotali* 23, 5. — L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12, et ci-après, t. III, § 311.

[12] L. 1, C., *de bonis maternis* 6, 60. — L. 4 in f., C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — L. 1, § 2, C., *de annali exceptione* 7, 40. — *Nov.* 22, c. 24. Cette novelle étend encore les priviléges déjà consacrés par les lois antérieures.

[13] *Voy.* sur cette question, fortement controversée, ci-après, t. III, §§ 346 sq. 356.

[14] L. 3, § 2. 3, C., *communia de legatis* 6, 43. — L. 2, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26.

[15] L. 9, I., *h. t.* — Fr. 18. 24, D., *eodem.* — L. 13, Th. C., *de iure fisci* 10, 1. — L. 2, I. C., *communia de usucapionibus* 7, 30. — Tit. C., *ne rei dominicæ vindicatio* 7, 38. — L. 6. 14, C., *de fundis patrim.* 11, 61. — L. 2, C., *de fundis et saltibus rei dominicæ* 11, 66. — Cf. Fr. 24, § 1, D., *h. t.* « ... Vitium..... ex re purgatum (est)... si fisci res esse desierit... »

[16] *Nov.* 111, c. 1. — *Nov.* 131, c. 6. — Fr. 9, D., *h. t.* — L. 2, C., *ne rei dominicæ vindicatio* 7. 38. Pour les villes, la question est fortement controversée à cause de PAUL, V, 2, 4; Fr. 15, § 27, D., *de damno infecto* 39, 2, et L. 1, C., *de præscr. l. t.* 7, 33.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 60, note 7; § 102, note 12, et Fr. 23, § 7, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, § 11, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 23, § 2, D., *h. t.*

[18] Fr. 8, D., *de lege Iulia repetundarum* 48, 11. Cf. Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1.

[19] Fr. 3. 13, pr. § 2. Fr. 22. 25, D., *h. t.* Cf. Fr. 44, § 4, D., *eodem.* — L. 1, C., *communia de usuc.* 7, 30. — L. 5, C., *in quibus causis cessat. l. t. præscriptio* 7, 34.

[20] *Voy.* ci-dessus, § 81, n° 1.

on doit avoir la conscience de la chose qu'on détient [21]. Cette dernière considération est surtout importante, quand il s'agit d'un ensemble de choses [22]. Si les différents corps qui composent cet ensemble ont chacun une existence séparée, on exige que les conditions requises pour l'usucapion se trouvent accomplies à l'égard de chacune de ces choses. C'est ce qui a fait dire qu'on ne peut usucaper une *universitas rerum* [23]. Par contre, quand nous acquérons un ensemble de choses, constituant un corps unique (συννημμένον ou *corpus connexum,* comme dit Pomponius), c'est le tout ou l'ensemble que nous appréhendons et possédons; et c'est à ce point de vue que l'usucapion doit être envisagée [24]. Il n'en serait pas de même si nous avions réuni nous-même deux ou plusieurs choses diverses que nous possédons, de manière à en former un corps unique : cette opération, en effet, n'apporte aucun changement aux possessions originaires qui continuent de subsister comme elles étaient avant l'union opérée [25]. C'est à l'aide de ces distinctions que les jurisconsultes romains

[21] Fr. 3, § 2. 3. Fr. 26, 34, D., *de adq. poss.* 41. 2. – Fr. 32, § 2, D., *h. t.* – Fr. 4, D., *pro emtore* 41, 4.

[22] C'est à ce point de vue que POMPONIUS, Fr. 30, pr. D., *h. t.* divise les choses en trois catégories : « corpora *unita*, ut homo, tignum, lapis; corpora συνημμένα ou *connexa*, ut ædificium, navis, armarium; corpora quæ *ex distantibus constant*, veluti populus, legio, grex. Primum genus in usucapione quæstionem non habet, secundum et tertium habent ». *Voy.* ci-dessus, § 30, note 1.

[23] Fr. 30, pr. in f. D., *h. t.* – Fr. 30, § 2, D., *eodem.* « .. Non... tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singularum animalium sicuti possessio, ita et usucapio... ». – Fr. 4, D., *pro emtore* 44, 4. – Fr. 6, § 1, D., *eodem.* « Si ex decem servis quos emerim aliquos putem alienos, et, qui sint sciam, reliquos usucapiam. Quod si ignorem qui sint alieni, neminem usucapiam ». – Fr. 43, D., *de adq. poss.* 41, 2. *Voy.* aussi ci-après, note 32.

[24] Fr. 23. 26. D., *h. t.* – Fr. 2, § 6 in f. D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 23, pr. D., *h. t.* « Eum qui ædes mercatus est, non puto aliud quam ædes possidere. Nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas ædes non possidebit... Accedit eo, quod si quis singulas res possideri dixerit, necesse erit dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori : quod absurdum et minime iure civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur... » Les Fr. 30, pr. D., *de adq. poss.* 41, 2 et Fr. 8, D., *quod vi aut clam* 43, 24), appartiennent à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-dessus, § 81, note 1. — Cependant si, avant que nous ayons accompli l'usucapion de l'ensemble, l'une ou l'autre des choses qui en font partie vient à en être séparée, il est évident que celui qui aura cette chose en son pouvoir (n'importe que ce soit nous-même ou un autre) commencera une possession nouvelle. Fr. 23, § 2, D., *h. t.* — Ajoutons que quand il s'agit d'un édifice, la possession la plus longue ne saurait faire obstacle à ce que le propriétaire des matériaux qui y ont été employés sans son consentement les revendique au cas que la construction vienne à être démolie. *Voy.* ci-dessus, note 17, et § 102, note 7

[25] Fr. 30, § 1, D., *h. t.* « Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in ædificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si ædificium possedisset. Quid ergo in his, quæ non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum ». Cf. Fr. 7, § 1, D., *pro emtore* 41, 3. Le chiffre de dix, *decem dies,* au commencement du premier texte, ne doit pas être pris comme un chiffre précis, limitatif; c'est comme si le jurisconsulte avait dit: *aliquot*, dix jours, quelques jours. Cf. Fr. 50, D., *de minoribus* 4, 4.

ont cherché à résoudre les difficultés pratiques que présente cette matière [26].

C) Bonne foi, *bona fides*. Il faut que la possession ait été acquise de bonne foi [27]; en d'autres termes, celui qui veut se prévaloir de l'usucapion doit avoir eu la conviction d'acquérir la propriété au moment où il a pris possession de la chose [28]. La bonne foi est donc basée sur une erreur, qui nous fait croire que l'acte par lequel nous nous mettons en possession nous donne la propriété. Cette erreur portera, dans la plupart des cas, sur le droit de celui qui nous transmet la chose et que nous croyons à tort propriétaire de la chose et capable d'aliéner [29]. Elle peut aussi provenir de ce que le mode d'acquisition en vertu duquel nous nous mettons en possession contient à notre insu un vice qui, dans l'espèce, nous empêche de devenir propriétaire [30]. Dans tous les cas, pour que notre erreur puisse nous donner le droit d'usucaper, il faut qu'elle ne soit pas la suite d'une coupable négligence, ou, comme on dit ordinairement, qu'elle soit

[26] Quand on entre dans les détails des diverses hypothèses qui peuvent se rencontrer, l'on s'aperçoit cependant que toutes les difficultés ne sont point vaincues. Si l'on accepte la terminologie de SAVIGNY, d'après laquelle *civilis possessio* signifie nécessairement *possessio ad usucapionem*, le Fr. 7, § 1, D., *de adq. poss.* 41, 2, crée une nouvelle difficulté, même au point de vue des principes. Pour nous, ce texte ne se rapporte point à l'usucapion. *Voy.* ci-dessus, § 83, notes 3 sqq. — Quelles que soient, au reste, les difficultés que la matière présente, nous n'avons pas jugé utile de nous étendre davantage à ce sujet, par la raison que les détails dans lesquels nous aurions dû entrer n'ont aucune importance au point de vue de la théorie, et qu'ils sont sans utilité pratique dans les législations qui n'admettent pas l'usucapion des meubles.

[27] Quand la possession s'acquiert par un représentant, c'est naturellement la conviction du maître qui décide; celle du représentant est indifférente, excepté lorsque l'acquisition se fait par le représentant à l'insu du maître, *ex peculiari causa*, auquel cas il y a lieu de renverser la règle donnée. Fr. 22, § 3-5, D., *de liberali causa* 40, 12. – Fr. 31, § 3. Fr. 47, D., *de adq. poss.* 41, 2.– Fr. 43, § 1, D., *h. t.* – Fr. 2, § 10-13. Fr. 7, § 8. Fr. 11, D., *pro emtore* 41, 4. *Voy.* ci-dessus, § 83, n° 2.

[28] Tel est en effet le sens que les jurisconsultes romains donnent aux termes : *bonæ fidei possessio*. *Voy.* les passages cités ci-après dans les notes 29 et 32, auxquels on peut ajouter Fr. 48, D., *h. t.* « ... Sufficit enim me PUTARE MEUM ESSE... » Cf. Fr. 20, § 12, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. « Qui se HEREDES EXISTIMANT. » Mais il n'est pas à méconnaître que cette définition est inexacte, même dans le droit de Justinien. Sans parler des cas d'usucapion sans conviction de propriété qui existaient dans l'ancien droit et dont il a été question ci-dessus (§ 110, notes 22 à 40), il suffit de mentionner dans la législation de Justinien le Fr. 28, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4, où l'on admet l'usucapion d'un esclave donné à titre de noxe par le non-propriétaire, *quamvis* SCIENS *alienum possideam*, ainsi que les décisions des Fr. 44, § 4, D., *h. t.* – Fr. 2, § 2, D., *pro emtore* 41, 4 et Fr. 3, D., *pro donato* 41, 6. Cf. Fr. 25, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1, et encore ci-après, note 33.

[29] GAIUS, II, 43. – § 35, I., *de rerum div.* 2, 1. – Pr. I., et Fr. 12, D., *h. t.* – Fr. 109, D., *de verb. signif.* 50, 16. — Cf. Fr. 27, D., *de contrah. emt.* 18, 1 ; Fr. 2, § 1. 15. 16. Fr. 6, § 1. Fr. 7, § 5, D., *pro emtore* 41, 4. *Voy.* aussi ci-dessus, 110, notes 18 sq. et l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[30] Par exemple : Occupation d'une chose que nous croyons abandonnée par son maître. Tit. D., *pro derelicto* 41, 7. – Prise de possession d'un legs auquel nous n'avons pas droit, ci-après, note 44.

excusable [31]. Considérée sous ce point de vue, la base de la bonne foi est donc quelque chose de négatif, savoir : l'erreur ou l'ignorance de l'obstacle qui nous a empêché de devenir propriétaire. Mais elle n'en contient pas moins un élément positif, savoir la conviction d'être propriétaire, que nous devons avoir nécessairement. Il en résulte entre autres que nous ne pouvons usucaper, si nous doutons de notre droit [32]. —Au reste, il suffit que nous ayons acquis la possession de bonne foi [33] : si par la suite nous venons à avoir des doutes sur notre droit, ou même à obtenir la certitude que la chose appartient à un autre, ce changement, survenu depuis l'acquisition, ne nous empêchera point [34] d'accomplir l'usucapion. *Mala fides superveniens non nocet* [35]. — Il va sans dire que la meilleure foi ne peut écarter l'obstacle à l'usucapion, provenant de ce qu'une chose est par la loi exemptée de ce mode d'acquisition [36].

D) Juste titre, *iusta causa* ou *iustus titulus possessionis* [37]. Il faut que la possession ait été acquise en vertu d'un juste titre, c'est-à-dire en

[31] Faisons observer qu'en général l'*erreur de droit* n'est point excusable, tandis que l'*erreur de fait* peut l'être, à moins qu'elle ne provienne d'une négligence coupable. Fr. 4, D., *de iuris et facti ignor.* 22, 6. « Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse : facti vero ignorantiam prodesse constat ». – Fr. 6. 9, § 2, D., *eodem.* – Fr. 31, pr. Fr. 12, § 1. Fr. 44, § 4, D., *h. t.* – Fr. 2 § 2. 15, D., *pro emtore* 41. 4. – Fr. 44, § 1. 2, D., *de adq. poss.* 41. 2. *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. II, § 201, OBSERVATION.

[32] Fr. 32, 1, D., *h. t.* « Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiam si erret, non procedere tamen eius usucapionem : vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedit usucapio. » – Fr. 2, § 2, *verb.* Idemque ut D., *pro emtore* 41, 4. Cf. Fr. 9, § 2, D., *de iuris et facti ignorantia* 22, 6. – Fr. 43, D., *de adquir. poss.* 41, 2. – Fr. 32, § 2, D., *h. t.* – Fr. 4. 6, § 1, D., *pro emtore* 41, 4, ci-dessus, note 25.

[33] Quand la chose est acquise en vertu d'un contrat de vente, la bonne foi doit exister non-seulement au moment de la tradition, mais encore au moment du contrat, bien que le temps ne commence à courir qu'à partir de la tradition. Fr. 7, § 16. 17, D., *de Publiciana actione* 6, 2. – Fr. 15, § 3. Fr. 48, D., *h. t.* Cf. Fr. 10, pr. D., *eodem.* – Fr. 2 pr. Fr. 7, § 4, D., *pro emtore* 41, 4. Il serait bien difficile de donner un motif rationnel de cette disposition positive qui, au reste, ne saurait être considérée comme ayant une valeur absolue. Supposons, en effet, que Titius me vende une chose que nous croyons l'un et l'autre appartenir à Pierre. Titius se procure loyalement la chose et me la livre ; mais il se trouve que Pierre lui-même n'en était pas propriétaire. Oserait-on dire que je ne pourrai usucaper cette chose ?

[34] Un passage de la L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31. « ... Iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienæ rei scientia, *licet ex titulo lucrativo ea cœpta est.* » peut faire croire qu'il n'en était pas de même autrefois, quand l'acquisition avait eu lieu à titre gratuit ou lucratif. Cf. L. 11, C., *de præscr. XXX annorum* 7, 33, et Fr. 3, § 11, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2, ci-après, § 122, notes 13. 19.

[35] § 12, I., *h. t.*–Fr. 48, § 1, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.– Fr. 15, § 2. Fr. 43, pr. D., *h. t.*– Fr. 2, pr. in f. § 13. 19. Fr. 7, § 4, D., *pro emtore* 41, 4. – Fr. 11, in f. D., *de divers. temp. præscr.* 44, 3. – L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31. — Le droit canon a consacré le principe contraire, en exigeant la bonne foi pendant toute la durée de la possession. Cap. 5. 20, X., *de præscriptionibus* 2, 26.

[36] *Voy.* ci-dessus, notes 1-3, et § 10, I., *h. t.* – Fr. 24. 32, § 1, D., *eodem.*

[37] IUSTA CAUSA POSSESSIONIS. Pr. I., *h. t.;* L. 8, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26. – TITULUS

vertu d'un acte qui, en thèse générale, est propre à donner la propriété, quoique dans l'espèce il y ait un obstaclequi empêche cette acquisition[38]. Ordinairement, cet obstacle proviendra de ce que celui qui nous fait tradition d'une chose n'en est pas le propriétaire, ou de ce qu'il n'a pas le droit de l'aliéner. Il peut se faire aussi que l'obstacle provienne de la personne de l'acquéreur ou de la chose qu'il s'agit d'acquérir[39]. Dans tous les cas, nous devons ignorer l'existence de l'obstacle qui vicie notre acquisition, car autrement la bonne foi nous manquerait. Le juste titre et la bonne foi sont donc intimement liés; le titre est l'acte extérieur qui justifie la possession et motive la bonne foi[40]. — Il s'ensuit qu'il y a autant de titres d'usucapion qu'il y a d'actes juridiques, à la suite desquels la tradition, ou en général la prise de possession, peut donner la propriété de la chose appréhendée[41]. Nos sources mentionnent spécialement les titres suivants : *pro emtore,* lorsque j'ai acheté de quelqu'un qui n'était pas propriétaire, ou qui n'était pas capable d'aliéner[42]; *pro donato,* lorsque quelqu'un m'a donné une chose qui ne lui appartenait pas[43]; *pro legato,* lorsque j'ai reçu comme legs une chose qui n'appartenait pas à celui qui me la donnait, ou que je l'ai reçue en vertu d'une disposition vicieuse[44];

USUCAPIONIS. Fr. 1, pr. D., *pro dote* 41, 9. — IUSTUS TITULUS, IUSTUS TITULUS POSSESSIONIS. L. 24, C., *de rei vindic.* 3, 32; L. 8, C., *ne de statu defunctorum* 7, 21; L. un. § 3, C., *de usucap. transform.* 7, 31; L. 4, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33.

38 « Tttulus quo dominia quæri solent. » L. 6, C., *de ingen. manum.* 7, 14, ou « Titulus ad transferendum (adquirendum) dominium » comme disent les modernes. Le *titulus* nécessaire pour l'usucapion est la cause par laquelle nous pouvons croire être légalement autorisé à nous mettre en possession avec *animus domini.* « Τίτλος δέ ἐστιν ἡ τῆς διακατοχῆς αἰτία. » THÉOPHILE, ad § 3, I., *de interdictis* 4, 15. – Cf. Fr. 2, § 2, D., *pro emtore* 41, 4. – Fr. 1, § 2, D., *pro dote* 41, 9.

39 *A*) Fr. 4. 9, D., *pro legato* 41, 8. *Voy.* ci-après, note 44. — *B*) Par exemple, quand la chose est exempte de l'usucapion (ci-dessus, note 36), ou quand nous prenons possession d'une chose que nous croyons être *res nullius* et qui ne l'est point en réalité. Ci-après, note 48.

40 Fr. 27, D., *h. t.* C'est pour cette raison que celui qui veut se prévaloir de l'usucapion doit prouver son juste titre; mais cette preuve constitue une présomption de sa bonne foi, qui dès lors n'a plus besoin d'être prouvée par lui, sauf naturellement à l'adversaire la preuve contraire. Fr. 13, § 2, D., *de Publiciana actione* 6, 2. – L. 30, C., *de evictionibus* 8, 45. Cf. L. 9, C., *de præscr. XXX annorum* 7, 33.

41 Fr. 3, § 21, D., *de adq. poss.* 41, 2. Cf. Fr. 13, pr. D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2.

42 Tit. D., *pro emtore* 41, 4. – Tit. C., *de usucapione pro emtore vel transactione* 7, 26. L'*usucapio pro emtore* exige, en thèse générale, que l'acheteur ait payé le prix d'achat : faute d'avoir fait ce payement, il ne peut, en effet, se croire propriétaire. *Voy.* ci-dessus, § 107, notes 2. 3, et ci-après, § 122, notes 17 sq.

43 Tit. D., *pro donato* 41, 6. – Tit. C., *de usucapione pro donato* 7, 27. Cf. ci-dessus, note 34. — Il y a des particularités pour les donations entre époux, genre de libéralité qui, en général, est défendu par la loi, mais qui, dans certains cas, peut servir de base à l'usucapion. Fr. 1, § 2. Fr. 3, D., *pro donato* 41, 6. – Fr. 25. 44, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. *Voy.* ci-après, t. III, § 317.

44 Tit. D., *pro legato* 41, 8. — Pour les deux cas que nous avons indiqués, *voy.* PAUL, Fr. 4, D., *pro legato* 41, 8. « Pro legato potest usucapi, *si res aliena legata sit,* aut testatoris quidem sit, sed *adempta codicillis ignoratur* : in horum enim persona subest iusta causa quæ sufficit ad

pro dote, lorsqu'on a donné au mari la chose d'autrui comme dot [45]; *pro soluto,* lorsqu'on m'a donné en payement la chose d'autrui, ou une chose qui ne m'était pas due [46]; *pro herede,* lorsque je possède des objets d'une succession, croyant à tort être héritier [47]; *pro derelicto,* lorsque je me suis emparé d'une chose abandonnée par quelqu'un qui n'en était pas pro-

usucapionem. Idem potest dici, et *si in nomine erit dubitatio :* veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit ». — Hermogénnien, Fr. 9, D., *eodem.* « Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est : sed et *si non iure legatum relinquatur,* vel *legatum ademtum est,* pro legato usucapi *post magnas varietates obtinuit.* » Cf. Pomponius, Fr. 4, § 2. D., *pro suo* 41, 10. Il va sans dire que : « nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est : quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur ». Fr. 7, D., *pro legato* 41, 8. — L'*usucapio pro legato* a lieu, au reste, non-seulement quand la chose léguée nous a été remise par celui qui était chargé du legs, mais aussi quand nous nous mettons, de notre propre autorité, en possession de la chose léguée, pourvu que notre appréhension ne se fasse point d'une manière injuste. Fr. 8, D., *eodem.* « Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatæ rei usucapio competit. » — *Voy.*, au reste, ci-après, t. III, §§ 422. 427.

[45] Tit. D., *pro dote* 41, 9. – Tit. C., *de usucap. pro dote* 7, 28. — *Voy.*, au reste, ci-après, t. III, § 511.

[46] Fr. 33, § 3. Fr. 46. 47. 48, D., *h. t.* – Fr. 4, D., *de Publ. actione* 6, 2. – Cf. Fr. 3, D., *pro suo* 41, 10. — On peut y ajouter : *pro noxæ dedito* Fr. 3, § 21, D., *de adq. poss.* – Fr. 5. 6, D., *de Publ. act.* 6, 2. – Fr. 2, § 1, D., *si ex noxali causa* 2, 9. – Fr. 26, § 6 in f. Fr. 28, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. Ce dernier texte est intéressant, parce qu'il nous montre un exemple d'usucapion sans bonne foi dans le droit de Justinien.

[47] Fr. 33, pr. § 1, D., *h. t.* « Non solum bonæ fidei emtores, sed et omnes qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet... usu suum faciunt... § 1... Hoc amplius, si iustam causam habuerit existimandi, se heredem... domino exstitisse, fundum pro herede possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur. » C'est là le seul cas d'usucapion *pro herede* qui puisse se rencontrer dans le droit nouveau. Pour nous en convaincre, rappelons-nous d'abord que l'usucapion *de la succession entière comme telle* n'est point admise. Gaius, II, 54, et ci-dessus, § 110, note 30. Or, la possession de *choses déterminées* pourrait se présenter de trois manières : 1° Nous possédons comme héritier des choses qui se trouvent dans la succession, mais qui n'appartenaient pas au défunt. Dans ce cas, si le défunt les détenait pour autrui, nous ne pouvons point usucaper, *quia nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Il en est de même si le défunt était de mauvaise foi (*voy.* ci-après, note 74). Si le défunt lui-même possédait déjà *ad usucapionem,* nous pourrons à la vérité accomplir l'usucapion et acquérir la propriété; mais ce ne sera pas une *usucapio pro herede,* car nous ne faisons que continuer la possession de notre auteur, et notre acquisition se fera au même titre : *pro emtore, pro soluto, pro donato,* etc. Arg. Fr. 19, § 1. D., *de heredit. petit.* 5, 3. – Fr. 24, § 1, D., *h. t.* – L. ult. C., *de usucap. pro herede* 7, 29. – L. 4, C., *de præscr. longi temp.* 7, 33. — 2° Nous nous mettons en possession d'une chose que nous croyons à tort appartenir à la succession. Dans ce cas, il y aura lieu à usucapion, pourvu qu'il y ait bonne foi; mais la possession est *pro suo* et non pas *pro herede.* Fr. 4, § 5, D., *h. t.* – Fr. 2, D., *pro suo* 41, 10. Ce qui a pu faire croire le contraire, c'est qu'un fragment de Pomponius, qui traite de ce cas, se trouve être le troisième dans le titre du Digeste, *pro herede* 41, 3. Mais cette circonstance ne peut nous autoriser à violer les principes qui découlent de la nature des choses, pas plus que le Fr. 3, § 4, D., *de adq. poss.* 41, 2, qui paraît contraire à la théorie que nous avons exposée au n° 1. — Enfin 3°, nous nous mettons en possession de biens héréditaires, étant convaincu que nous sommes héritier. C'est là le cas que nous avons indiqué comme étant la seule espèce d'*usucapio pro herede* du droit nouveau. On voit que c'est le même principe qui régissait l'ancienne usucapion *pro herede,* sauf que la bonne foi est de rigueur. Aussi faut-il bien admettre que, depuis le sénatusconsulte d'Adrien (Fr. 20, § 6, D., *de heredit. pet.* 5, 3. Cf. Gaius, II, 57), cette usucapion ne peut être efficacement opposée au véritable héritier. *Voy.* ci-après, t. III, § 409, note 38 et § 411, notes 40-43.

priétaire[48]; enfin le titre *pro suo*, qui comprend tous les cas dans lesquels je puis, pour une raison quelconque, croire que j'acquiers la propriété en prenant possession d'une chose [49]. A ces titres, nominativement indiqués dans nos sources, il faut ajouter diverses autres hypothèses qui y sont mentionnées sans dénomination spéciale, comme lorsque nous avons été mis en possession d'une chose par suite d'un jugement définitif [50], ou

[48] Tit. D , *pro derelicto* 41, 7. – Fr. 6, D., *h. t.* « Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse ». *Voy.* ci-dessus, § 98, nº 4.

[49] Tit. D., *pro suo* 41, 10. Ce terme s'appliquait sans doute dans le principe particulièrement à celui qui possédait une chose comme propriétaire sans pouvoir l'appeler sienne, *sua ex iure Quiritium*, ci-dessus, § 93, note 3. Dans le droit nouveau, on l'emploie de préférence (Fr. 1, pr. D., *pro suo*), quand on ne trouve pas d'autre expression plus spéciale. Fr. 2, D., *pro suo* 41, 10. « Est species possessionis quæ vocatur PRO SUO. Hoc enim modo possidemus omnia quæ mari, terra, cœlo capimus, aut quæ alluvione fluminum nostra fiunt. Item, quæ ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariæ aut emtæ ancillæ, pro nostro possidemus. Similiter fructus rei emtæ aut donatæ, aut quæ in hereditate inventa est. » Cf. Fr. 4, pr. § 2, D., *eodem*. – Fr. 2. 4, pr. § 1. Fr. 17, D., *h. t.* – Fr. 1, § 2. Fr. 2, D., *pro dote* 41, 9. – Fr. 15, § 16, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 67, D., *de iure dotium* 23, 3.

[50] Arg. Fr. 3, § 1, D., *de Publiciana actione* 6, 2. « (Et competit Publiciana) item si res ex causa iudicati sit tradita ». A quelles hypothèses peut s'appliquer le *titulus pro iudicato?* Il est naturel d'admettre ce titre toutes les fois que c'est en vertu d'un jugement que nous avons reçu tradition (le mot pris dans le sens rigoureux, c'est-à-dire remise *transferendi dominii causa*) d'une chose qui ne nous appartenait pas auparavant. Mais en sera-t-il de même quand la remise de la chose a été faite en exécution d'un jugement prononcé ensuite d'une revendication intentée par nous? Des jurisconsultes de grand mérite soutiennent la négative en faisant valoir, au point de vue des principes (les textes sont muets) que le jugement dans la revendication est simplement déclaratif, et non pas attributif de proprieté. Le fait est exact, mais l'argumentation n'est pas concluante. Elle le serait, si l'usucapion supposait nécessairement comme base un acte, appartenant à la catégorie des modes dérivés et si, par suite, la *bona fides* n'existait qu'en tant que nous croyons que celui qui nous transmet la chose en a la propriété. Mais cela n'est pas; l'usucapion a un caractère général : elle n'exige qu'un *iustum initium possessionis* et la croyance que nous avons le droit d'avoir la chose comme maître. Or, ces deux conditions existent dans notre espèce ; on peut même dire qu'elles existent à un plus haut degré que dans toute autre hypothèse. D'une part, il ne peut y avoir de base plus juste de possession qu'un jugement; d'autre part, nous avons non-seulement la croyance, mais la conviction juridique d'être propriétaire. Pourquoi dès lors la publicité de la possession ne donnerait-elle pas à notre situation l'*auctoritas* nécessaire pour lui imprimer le caractère de propriété civile, alors qu'elle produit cet effet en faveur de toutes autres personnes, se trouvant même dans une condition moins favorable? Ou, pour poser la question d'une manière pratique. pourquoi, dans le cas où un tiers conteste ou lèse notre pouvoir à une époque où peut-être la preuve de notre propriété est devenue trop difficile ou même impossible, pourquoi nous refuserait-on d'y suppléer par la preuve de notre longue possession, alors que, dans des circonstances moins favorables, cet avantage est accordé à tout le monde? Nous avons dit, plus haut, que les textes sont muets : il est vrai que les partisans de notre opinion en invoquent plusieurs (entre autres Fr. 3, § 3, D., *de rebus eorum* 27, 9, où certes le mot *alienatio* ne signifie pas *transfert*, et les Fr. 14, § 1, *verb.* Quia b. f. possessor D., *de religiosis* 11, 7; Fr. 11, D., *de adq. poss.* 41, 2; Fr. 137, D., *de reg. iuris* 50, 17); mais il suffit de lire ces passages sans idées préconçues pour se convaincre qu'ils ne contiennent rien de décisif.— L'opinion contraire à la nôtre est vivement défendue par PELLAT, *Exposé des principes généraux sur la propriété*, pages 464 sqq. Nous regrettons que l'espace ne nous permette pas de donner une analyse de sa remarquable argumentation, qui malheureusement s'appuie trop sur la double erreur que nous avons signalée ci-dessus.

lorsque nous avons reçu une chose en exécution d'une transaction ou pour toute autre cause analogue [51]. — Le juste titre supposant un acte pouvant servir de cause légale à la possession *animo domini* [52], il n'y a pas d'usucapion possible quand il n'y a point d'acte ou que l'acte est nul dès le principe. Cette règle rigoureuse est, en effet, énoncée par Justinien et se trouve en outre, consacrée par deux constitutions de Dioclétien et par plusieurs passages d'Ulpien, de Paul, de Papinien et de Julien [53]. Cependant le Digeste contient de nombreuses décisions, venant des autorités les plus imposantes (entre autres, des quatre jurisconsultes prénommés) et admettant l'usucapion dans des cas où, malgré l'absence de titre, la personne qui veut acquérir a pu, de bonne foi, croire à l'existence et à la validité de l'acte, ou, comme on a l'habitude de dire, quand la possession a été acquise en vertu d'un titre putatif [54]. En présence de l'im-

[51] *A*) Ex transactione. Fr. 29, D., *h. t.* Cf. Fr. 33, §3, D., *eodem.*—L. 8, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26.—*B*) Le serment litisdécisoire, impliquant transaction, il faut bien admettre que celui qui est en possession d'une chose ensuite de pareil serment se trouve *in conditione usucapiendi.* Cependant l'on ne saurait invoquer à ce propos le Fr. 13, § 1, D., *de iureiurando* 12. 2, qu'il faut plutôt entendre en ce sens que le demandeur, *qui iuravit fundum suum esse,* pourra agir utilement contre la partie adverse sans avoir à craindre que celle-ci le repousse au moyen de la *l. t. præscriptio,* le serment déféré impliquant renonciation à la *l. t. præscriptio* ou ayant au moins pour effet de l'interrompre, comme le ferait la *litis contestatio.* Fr. 9, § 3, D., *eodem,* et ci-dessus, § 68, note 35. Cf. Pothier, *Pand. Justin.,* XII, 2, 37; Pellat, *l. l.,* p. 498 sqq. et De Savigny, *Système,* t. VII, p. 68. — *C*) Partage judiciaire ou amiable. Fr. 7, pr. D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. — Fr. 17, D., *h. t.,* 41, 3. – Fr. 4, § 1, D., *pro suo* 41, 10. – Cf. Fr. 44, § 1, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2, et ci-après, t. II, § 278). — *D*) Cession amiable faite dans une revendication, soit par le défendeur, soit par le demandeur qui reçoit la *litis æstimatio.* Fr. 33, § 3, D., *h. t.* – Fr. 1, D., *pro emtore* 41, 4; Fr. 70, D., *de rei vind.* 6, 1; Fr. 7, § 1, D., *de Public. act.* 6, 2, et ci-après, § 119, note 21. — *E*) L'envoi définitif en possession *damni infecti causa* crée une situation analogue à celle résultant de la *noxæ deditio* ou *addictio* d'un esclave. *Voy.* ci-dessus, note 46, et ci-après, t. II, § 283, note 15.

[52] A défaut de cause légale, la possession est qualifiée *pro possessore.* Gaius, IV, 144. – § 3, I., *de interdictis* 4, 15, et Théophile, *ad h. l. Voy.* aussi ci-après, t. III, § 408, b.

[53] § 11, I., *h. t.* « Error autem falsæ causæ usucapionem non parit. Veluti, si quis, cum non emerit, emisse se existimans, possideat; vel cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat ». – L. 4, C., *de usucapione pro herede* 7, 29. – L. 5, C., *de præscr. l. t.* 7, 33. — Julien, Fr. 6, D., *pro derelicto* 41. 7. « Nemo potest pro derelicto usucapere qui *falso* existimaverit rem pro derelicto habitam esse. » — Papinien, Fr. 3, D., *pro legato* 41, 8. — Paul, Fr. 48, D., *h. t.* – Fr. 2, pr. § 2. 6, D., *pro emtore* 41, 4, où est invoquée l'autorité de (Iavolenus) Priscus. – Fr. 1, pr. D., *pro donato* 41, 9. – Fr. 2. D., *pro legato* 41, 8. — Ulpien, Fr. 27, D., *h. t.* « Celsus ait. »– Fr. 1, D., *pro legato* 41, 8. – Fr. 1, § 3. 4, D., *pro dote* 41, 9 « Cassius ait ».

[54] Proculus, Fr. 67, D., *de iure dotium* 23, 3. – Neratius, Fr. 5, D., *pro suo* 41, 10. « Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa, interim propter ea, quæ nostra esse existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. § 1. Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiam si falsa fuerit eius existimatio. Quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eum, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est ». – Iavolenus, Fr. 5, D., *pro legato* 41, 8. – Julien, Fr. 33, § 1, D., *h. t.* – Africanus, Fr. 11, D., *pro emtore* 41. 4. « Quod vulgo traditum est eum, qui existimet se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere,

possibilité dans laquelle nous nous trouvons de concilier ces dispositions contraires ou de les expliquer par une distinction rationnelle [55], nous pensons que la dernière opinion doit être préférée comme étant plus conforme au caractère originaire et au développement historique de notre institution [56].

E) Continuité de la possession pendant le temps voulu par la loi. Ce temps est de trois ans pour les meubles et de dix ans pour les immeubles [57]. Le délai de dix ans est doublé quand celui qui veut usucaper demeure dans une autre province que l'ancien propriétaire, *inter absentes* [58]. Pendant le temps requis, la possession doit être continue, c'est-à-dire il faut qu'elle n'ait point été interrompue [59]. Il y a interruption, *usurpatio*, toutes les fois que le possesseur perd sa possession, d'après les règles établies aux §§ 86 et 87 [60]. Les commentateurs donnent à une pareille

hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat : nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse ut usucapio sequatur ». — Pomponius, Fr. 3, D., *pro suo* 41, 10. « Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi. Si scissem mihi nihil deberi, usu eum non capiam; quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa quam veram esse existimo sufficit ad efficiendum, ut id, quod mihi traditum est, pro meo possideam. Et ita Neratius scripsit, idque verum puto ». — Fr. 4, § 2, D., *eodem*. « Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet ». — Fr. 6, D., *pro legato* 41, 8. — Cerv. Scævola, Fr. 14, D., *pro emtore* 41, 4. — Papinien, Fr. 44, § 4, D., *h. t.* 41. 3. « ... Idem dicendum erit, et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emtam non levi præsumtione credat ». — Fr. 8, D., *pro legato* 41, 8. — Paul, Fr. 13, § 1. Fr. 31, § 6. Fr. 48, D., *h. t.* — Fr. 2, pr. § 2 in f. 8, D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 2, § 15. 16, D., *eodem* « 15. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi : ut hic plus sit in re quam in existimatione. Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu : quia iuris error nulli prodest. 16. Si a furioso quem putem sanæ mentis emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse quamvis nulla sit emtio... » — Fr. 4, D., *pro legato* 41, 8. — Ulpien, Fr. 5. 7, § 2. 4, D., *de Publiciana actione* 6, 2, Marcellus scribit... — Hermogénien, Fr. 46, D., *h. t.* — Fr. 9, D., *pro legato* 41, 8. « Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est : sed et si non iure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi *post magnas varietates obtinuit* ».

[55] *Voy.* le faible essai de Paul aux Fr. 48, D., *h. t.* et Fr. 2, D., *pro emtore* 41, 4. Les tentatives faites par les jurisconsultes modernes ne sont guère plus heureuses.

[56] *Voy.* l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[57] Pr. 1., *h. t.* — L. un. C., *de usucapione transformanda* 7, 31. — A la différence de la prescription des actions, les délais de l'usucapion se comptent *civiliter*, c'est-à-dire que, pour accomplir le délai, il suffit d'en avoir atteint le dernier jour. *Dies cœptus pro iam completo habetur.* Fr. 15, pr. D., *de divers. temp. præscript.* 44, 3. — Fr. 6. 7, D., *h. t.* — *Voy.* ci-dessus. § 38, note 11.

[58] L. 12, C., *de præscriptione longi temporis* 7, 33. — Si les deux personnes ont demeuré, partie dans la même province, partie dans des provinces différentes, on fait un calcul mixte, en comptant deux années d'absence égales à une année de présence. *Nov.* 119, c. 7. 8.

[59] Paul, V, 2, 3. 4. — Fr. 31, § 1, D., *h. t.* — L. 2, C., *de præscr. l. t.* 7, 33. — L. 14, C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61.

[60] Fr. 2, D., *h. t.* « Usurpatio est usucapionis interruptio ». — Fr. 5. 21. 33, § 5, D., *eodem.* — Fr. 29, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 39, D., *de adq. poss.* 41, 2. — Fr. 5, D., *pro donato* 41, 6. — Fr. 12. § 2, D., *de captivis* 49, 15. — Si nous reprenons la possession perdue, nous pouvons

interruption le nom d'*usurpatio naturalis* *, et lui opposent l'*usurpatio civilis* *, qui aurait lieu, d'après eux, lorsque le possesseur est poursuivi par la revendication [61]. Mais il est inexact de dire qu'une poursuite intentée contre le possesseur interrompt l'usucapion. La *litis contestatio* produisait, à la vérité, cet effet à l'égard de la *longi temporis præscriptio* [62], et elle devait le produire (bien entendu, exclusivement entre les parties), puisque le demandeur, en intentant l'action, mettait fin à l'omission qui pouvait entraîner l'extinction de son droit d'action vis-à-vis du défendeur [63]. Mais il en était autrement de l'usucapion, moyen d'acquisition qui a pour but de nous faire avoir un droit absolu, c'est-à-dire un droit existant vis-à-vis de tous et dont l'effet ne saurait, par conséquent, être paralysé par l'action individuelle du premier venu [64]. En fondant en une seule institution l'usucapion et la *longi temporis præscriptio*, Justinien a maintenu le principe qui régissait l'usucapion, et il le pouvait d'autant mieux qu'il avait fait disparaître les inconvénients pratiques auxquels son application avait pu donner lieu [65], en étendant au défendeur la prohibition d'aliéner les choses litigieuses et en permettant d'interrompre l'usucapion d'un absent au moyen d'une protestation judiciaire [66]. — La possession étant un fait personnel [67], on devrait, à la rigueur, exiger que la personne qui veut se prévaloir de l'usucapion eût possédé elle-même sans interruption pendant le temps requis. Mais on a dérogé à ce principe sévère, en admettant que celui qui succède à une autre personne peut, selon les circonstances, ajouter à sa possession le temps de la possession de son auteur [68]. L'*accessio possessionis* avait été d'abord admise dans deux institutions prétoriennes, savoir l'*interdictum utrubi* et la *præ-*

commencer une usucapion nouvelle, mais sans tirer aucun parti de celle qui a été interrompue. Fr. 15, § 2, D., *h. t.* – Fr. 7, § 4, D., *pro emtore* 41, 4.

61 Au Fr. 5, D., *h. t.* Gaius dit : « *Naturaliter* interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur.... »; mais le mot *naturaliter* n'a, dans ce passage, aucun sens technique. — Récemment on a voulu trouver la trace d'une *civilis usurpatio symbolica*, qui se serait faite par le bris d'une branche d'arbre, dans la phrase suivante de Cic., *de oratore*, III, 28. « (Rhetores) ut ex iure civili surculo defringendo usurpare videantur ».

62 L. 2. 10, C., *de præscr. l. t.* 7, 33. – L. 26, C., *de rei vind.* 3, 32. – L. 2, C., *ubi in rem actio exerceri debeat* 3, 10.

63 *Voy.* ci-dessus, § 59, nº 3.

64 *Vatic. fragm.* 12. – Fr. 2, D., *pro herede* 41, 5; Fr. 2, § 21, D., *pro emtore* 41, 4; Fr. 2, D., *pro donato* 41, 6; Fr. 17, in f. Fr. 18. 21, D., *de rei vind.* 6, 1.

65 Nous verrons ci-après, en traitant de la revendication, les moyens par lesquels on cherchait à remédier à ces inconvénients dans l'ancien droit. *Voy.* ci-après, § 119, note 15.

66 *A*) *Voy.* ci-dessus, § 54, note 23. *B*) L. 2, C., *de annali exceptione* 7, 30, et ci-dessus, § 59, note 22 et § 74, note 40. — C'est grâce à ces réformes que la L. 10, C., *de præscr. l. t.* 7, 33, ne constitue point une antinomie.

67 *Voy.* ci-dessus, § 86, notes 4 et 30.

68 Tit. D., *de diversis temporalibus præscriptionibus et de accessionibus possessionum* 44, 3; spécialement Fr. 5. 6. 9. 11. 14. 16, D., *eodem*

scriptio longi temporis [69] : elle fut par la suite appliquée à l'usucapion [70]. Cette application se faisait aisément et d'une manière absolue à la *successio per universitatem*, parce que le successeur universel est censé continuer la personne de celui à qui il succède [71]. La même raison n'existait pas pour le successeur à titre particulier ; cependant, par des motifs d'équité, on finit par lui accorder également la faculté d'ajouter la possession de son auteur à la sienne [72]. Dans la succession universelle, l'accession de la possession est donc une nécessité, tandis qu'à l'égard du successeur à titre particulier elle doit être considérée comme une faveur accordée au possesseur de bonne foi. De cette différence résultent les conséquences suivantes : *a*) Celui qui succède *per universitatem* à un possesseur de bonne foi acquiert par l'usucapion, quand même il serait de mauvaise foi au moment de la succession [73]. Mais, d'un autre côté, il ne peut usucaper, même avec bonne foi, quand le défunt avait commencé la possession de mauvaise foi ou en vertu d'un titre exclusif d'usucapion [74]. *b*) Le successeur à titre particulier qui est de mauvaise foi ne peut usucaper, quand même celui à qui il succède aurait été possesseur *ad usucapionem* [75]. Par contre, le successeur de bonne foi peut usucaper, quelle que soit la condition de son auteur. Si celui-ci a été de mauvaise foi, le successeur n'en commencera pas moins à usucaper dès le moment de son entrée en pos-

[69] *Voy.* ci-dessus, § 59, note 15 et § 89, note 11.

[70] § 12. 13, I., *h. t.* et THÉOPHILE, *ad h. l.* « ... Divi Severus et Antoninus rescripserunt. » — Fr. 76, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 2, § 20, D., *pro emtore* 41, 4. — L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31.

[71] § 12, I., *h. t.* — Fr. 11, D., *de diversis temp. præscr.* 44, 3. — Fr. 2, § 19, D., *pro emtore* 41, 4. Cf. Fr. 24, § 1, D., *h. t.* — D'après le § 12, I., *cité.* « Quod nostra constitutio (L. un. C., *de usucap. transf.* 7, 31) et *similiter* in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur », et THÉOPHILE, *ad h. l.*, on pourrait croire que le principe de l'accession ne souffrait point application à l'usucapion avant Justinien ; mais le contraire résulte des passages que nous citerons dans les notes suivantes. Il est probable que dans le § 12, I., *cité*, il s'agit de l'usucapion nouvelle, créée par Justinien et qui s'accomplit par le laps de trois ans.

[72] La L. 11, C., *de præscr. l. t.* 7. 33 ferait supposer que cet avantage n'avait d'abord été accordé qu'à ceux qui succédaient à titre onéreux. — Cf. ci dessus, note 34.

[73] § 12. I., *h. t.* et L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31. — Fr. 15, pr. Fr. 20. 24, § 1. Fr. 31, § 5. Fr. 36, § 1. Fr. 40. 43 pr. Fr. 44, § 3, D., *h. t.* — Fr. 30, D., *quibus ex causis maiores* 4, 6. — Fr. 13, § 5. Fr. 30, § 5, D., *de adq. poss.* 41, 2. — Fr. 2, § 2 in f. 18. 19. Fr. 6, § 2. Fr. 7, pr. D., *pro emtore.* — Fr. 14, § 1, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. — Il est à remarquer que l'usucapion peut même s'accomplir avant que l'héritier ait acquis la succession « quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, et plerumque nondum adita hereditate completur. » Fr. 30, pr. D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. — Fr. 31, § 5. Fr. 40, D., *h. t.* — Fr. 7, pr. D., *pro emtore* 41, 4. Cf. ci-après, t. III, § 411, note 10.

[74] § 12, I., *h. t.* — Fr. 15, pr. D., *h. t.* — Fr. 11, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. — L. 3, C., *communia de usucap* 7, 30. — L. 11, C., *de adq. poss.* 7, 32. — L. 1. 4, C., *pro herede* 7, 29. — Rappelons ici la célèbre règle d'après laquelle *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Ci-dessus, § 84, notes 27 et 28.

[75] Fr. 2, § 17, D., *pro emtore* 41, 4. — Cf. Fr. 37, D., *emti* 19, 1, et L. 1, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33.

session [76], et si l'auteur s'est trouvé lui-même *in condicione usucapiendi,* le successeur pourra joindre à sa possession celle de l'auteur [77].

OBSERVATION. Nous avons exposé, dans le paragraphe qui précède, les conditions requises pour l'usucapion d'après la théorie vulgaire, qui exige comme deux conditions distinctes la *bona fides* et le *iustus titulus* et sous l'influence de laquelle se sont développées la plupart des législations modernes. Cette théorie paraît être celle de Justinien et elle est appuyée de plus d'un témoignage des jurisconsultes classiques [78]. Nous estimons cependant qu'elle s'écarte à la fois de la nature des choses et de l'esprit vrai du droit romain. Au point de vue des principes, l'usucapion est un mode originaire d'acquérir la propriété : dès lors l'acquisition qui se fait par usucapion ne doit point exiger des conditions subjectives en dehors de la personne de celui qui veut acquérir. Or, exiger un juste titre, c'est faire dépendre l'acquisition, dans bien des cas, de conditions existant dans le chef d'autres personnes et par suite l'empêcher pour des causes subjectives qui ne peuvent être imputées à l'acquéreur. Aussi dans l'ancien droit des Quirites, suffisait-il que la possession de l'*usucapiens* eût une *iusta causa,* c'est-à-dire qu'il eût acquis la chose dans des circonstances telles, qu'il pût se croire en droit de l'avoir pour lui [79]. La première trace de la décomposition de cette notion en *bona fides* et *iustus titulus* se trouve au commencement du second siècle de l'ère chrétienne, et c'est peut-être la formule de l'action Publicienne qui y donna lieu. L'édit du préteur Publicius, conformément au droit de l'époque, exigeait tout simplement *iusta causa* [80]. La formule de l'action Publicienne donnée au bonitaire était conçue dans ce sens, mais elle ne contenait point le terme *iusta causa*, par la raison que cet élément était virtuellement compris dans l'*intentio*, celle-ci supposant la possession *ad usucapionem* [81]. Quant à la formule donnée au possesseur de bonne foi, elle était probablement identique, mais elle contenait au lieu de EMIT tout court, les mots BONA FIDE

[76] Fr. 5, pr. D., *de diversis temp. præscr.* 44, 3. – L. 4, C., *de rei vind.* 3, 32. – L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31. – L. 1, C., *de præscr. l. t.* 7, 33.

[77] § 13, I., *h. t.* – L. un. C., *de usucap. transf.* 7, 31. « ... Ut continuetur ei possessio etiam anterioris *iusti* possessoris... » – Fr. 13, § 13, D., *de adq. poss.* 41, 2. – Fr. 19, D., *h. t.* – Fr. 6. 15, § 1. Fr. 16, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. — Diverses décisions sur l'*accessio possessionis* se trouvent dans le passage d'Ulpien qui forme le Fr. 13, D., *de adq. poss.* 41, 2; mais il résulte de l'ensemble de ce texte que le jurisconsulte y traitait de l'interdit *Utrubi* et non pas de l'usucapion. Ainsi les §§ 1. 4. 5. 7 de ce fragment ne sont aucunement applicables à notre matière, pas plus que le Fr. 14, § 3, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. *Voy.* ci-dessus, § 89, note 11.

[78] *Voy.* ci-dessus, note 37.

[79] *Voy.* ci-dessus, § 110, D.

[80] Fr. 1, pr. D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. « Si quis id quod TRADITUR EX IUSTA CAUSA... et nondum usucaptum petit, iudicium dabo ».

[81] GAIUS, IV, 36. « Si quem hominem A. A. EMIT et is ei TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET TUM SI EUM HOMINEM D. Q. A. EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET ».

EMIT, également sans faire mention de la *iusta causa* [82]. Il paraît que cette rédaction donna naissance à une opinion erronée, d'après laquelle il n'aurait plus fallu s'enquérir que de la croyance, *bona fides*, de l'acquéreur. Du moins, Ulpien nous apprend que Celsus le jeune combattit cette erreur, en disant que, pour usucaper, il ne suffit pas que le possesseur croie avoir acquis la chose par achat ou par donation, mais qu'il doit y avoir eu réellement vente, donation, legs ou constitution de dot [83]. Cette proposition de Celsus est parfaitement admissible quand on tient compte de l'occasion qui la fit émettre; mais on eut le tort d'en faire une règle générale, dans laquelle l'ancienne condition élastique de la *iusta causa* fut remplacée par deux éléments distincts et précis, l'un d'ordre moral sous le nom de *bona fides*, l'autre d'ordre formel qu'on finit par appeler *iustus titulus* [84]. C'est évidemment le désir de corriger le vague que présentait l'ancienne locution *iusta causa* qui engagea les jurisconsultes romains à adopter cette analyse et les fit échouer contre un écueil qu'ils avaient si heureusement évité dans d'autres matières, notamment dans la possession, dans la prestation des fautes et dans la demeure [85]. Nous disons écueil : c'est, en effet, un procédé illogique que de soumettre à des règles absolues et fondées sur une analyse prétenduement rigoureuse des notions dont la nature n'est ni rigoureuse ni absolue [86]. Or, l'usucapion suppose essentiellement une acquisition faite en dehors de la légalité; sous ce rapport, elle a donc une base négative et conséquemment vague [87]. Aussi l'analyse dont il s'agit, au lieu d'apporter la précision dans la matière, a plutôt fait naître des incertitudes et des anomalies. D'abord, en ce qui concerne la *bona fides*, on n'est pas parvenu à en donner une définition irréprochable [88], et malgré les modifications plus ou moins arbitraires qu'on a fait subir à la notion, on s'est vu forcé d'admettre, jusque dans le droit de Justinien, des usucapions sans bonne

[82] Fr. 7, § 11, D., *de Publ. act.* 6, 2. « Prætor ait : QUI BONA FIDE EMIT... » *Voy.* ci-après, § 122.

[83] ULPIANUS *ad Sabinum*, Fr. 27, D., *h. t.* « Celsus libro 34 errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, PRO SUO usucapere eum posse; nihil referre emerit necne, donatum sit necne, si modo emtum vel donatum sibi *existimaverit :* quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idemque et in litis æstimatione placet, ut, nisi vere quis litis æstimationem subierit, usucapere non possit ».

[84] Ce terme qui, au reste, ne se rencontre point, dans nos sources, avant Hermogénien, ou tout au plus avant Ulpien (Fr. 46, D., *h. t.* – Fr. 13, § 1, D., *de hered. pet.* 5, 3; Fr. 1, pr. D., *pro dote* 41, 9), n'a pu que favoriser la tendance que nous critiquons.

[85] Nous pourrions ajouter l'influence de l'erreur sur la validité des conventions.

[86] Cela se montre de la manière la plus frappante dans les divers essais faits pour établir des règles précises et absolues en matière d'erreur. *Voy.* ci-après, t. II, § 201, notes 3 et suivantes.

[87] Les mêmes motifs qui nous portent à approuver ici la locution *iusta causa* ont dû nous engager à en critiquer l'emploi en matière de tradition. *Voy.* ci-dessus, § 106, notes 20 et suivantes.

[88] *Voy.* ci-dessus, notes 28. 29. 32.

foi [89]. Quant au *iustus titulus*, on n'a pas même essayé de le définir exactement [90]; et encore, malgré le vague qu'on a laissé à la notion, n'a-t-on pu faire du juste titre une condition générale et absolue, sans aboutir à des conclusions impossibles. Aussi a-t-on été obligé de détruire implicitement le principe qu'on venait de créer, en admettant des titres putatifs [91], et même de faire entièrement abstraction du titre dans l'usucapion des servitudes [92]. A notre avis donc, la réforme qui consiste à décomposer la *iusta causa* en *bona fides* et *iustus titulus* n'a fait que nuire au développement conséquent de notre institution. Au lieu de s'enchaîner par une analyse doctrinale, inexacte dans l'espèce, les jurisconsultes romains auraient mieux fait de suivre leur procédé habituel et de résoudre par des décisions isolées et pratiques les difficultés que pouvait présenter la notion de la *iusta causa* dans ses diverses applications. Agissant ainsi, ils auraient, certes, été amenés à découvrir, pour les hypothèses qui offrent le plus d'importance et se présentent le plus souvent, des formules moins générales et en apparence moins précises, mais plus exactes en réalité [93]. — Les inconvénients que nous venons d'indiquer dans ce qui précède se rencontrent également dans les législations modernes qui ont admis la théorie du *iustus titulus* et de la *bona fides*. Mais, sous l'empire du code Napoléon, ils sont bien moindres, par la raison que le droit français restreint l'usucapion aux biens immeubles et n'admet, à l'égard de ces biens, que des modes d'acquisition peu variés. Encore, malgré ces avantages, ne parvient-on pas, dans cette législation, à bannir entièrement le titre putatif.

§ 114. *Conditions requises pour l'usucapion extraordinaire.* Præscriptio XXX vel XL annorum †.

Le possesseur de bonne foi qui ne réunit pas toutes les conditions de l'usucapion ne peut acquérir la propriété par la possession de trois et de dix ou vingt ans. Mais s'il la continue pendant le plus long délai de prescription, qui est ordinairement de trente ans, sans distinction entre meubles et immeubles, il peut se prévaloir de la *præscriptio longissimi temporis*, et acquérir la propriété de la chose possédée, pourvu qu'en général cette chose soit susceptible de ce mode d'acquisition [1].

89 Et ayant malgré cela *iustissimam causam*. *Voy.* ci-dessus, note 46 et § 110, notes 22-40.

90 La phrase « Titulus quo dominia quæri solent » n'est pas une définition, et l'explication que Théophile nous donne est tout simplement la traduction grecque de *causa possessionis* « ἡ τῆς διακατοχῆς αἰτία. » *Voy.* ci-dessus, note 38.

91 Tout en étendant largement le domaine du *titulus pro suo*. *Voy.* ci-dessus, notes 46 et 49.

92 *Voy.* ci-après, § 142, nº 2.

93 Comme cela a eu lieu dans les matières indiquées ci-dessus, note 85.

1 *Voy.*, en général, L. 8, § 1, C., *de præscriptione XXX vel XL annorum* 7, 39.

La *præscriptio longissimi temporis* exige donc : 1° *Res habilis*. Les choses dont l'usucapion ordinaire est prohibée peuvent être acquises par la *præscriptio longissimi temporis* [2]. Toutefois, les lois exceptent de toute prescription les choses hors du commerce, le fonds dotal, ainsi que les biens compris dans le pécule propre des fils de famille, *peculium adventicium**, tant que dure la puissance paternelle[3]. — 2° Bonne foi, d'après les règles exposees au paragraphe précédent [4]. Le possesseur n'a pas besoin d'établir qu'il a acquis la possession en vertu d'un juste titre [5]. — 3° Possession continue pendant trente ans, sans distinction entre meubles et immeubles [6]. On exige quarante ans pour les biens du prince, et pour les immeubles des églises et des établissements de bienfaisance [7]. Le même délai est requis entre parties pour les choses à l'égard desquelles un procès a été commencé [8].

§ 115. *Effets de l'usucapion.*

L'usucapion accomplie a pour effet de donner à l'acquéreur le droit de propriété tel qu'il l'a exercé durant sa possession [1]. Il en résulte nécessairement que le droit de l'ancien propriétaire se trouve éteint, puisque la même chose ne peut être la propriété de plusieurs personnes différentes. Mais si la possession a été exercée libre de toute restriction, aura-t-elle également pour effet de faire cesser les *iura in re* qui ont pu être établis sur la chose avant que l'usucapion ait été commencée? Dans l'ancien droit, l'usucapion donnait certes la propriété libre de toute servitude [2], mais elle n'éteignait point les hypothèques qui grevaient la chose usucapée [3]. Cette différence provenait sans doute de ce que la publicité est un

[2] L. 6, C., *finium regundorum* 3, 39. – L. 5, C., *in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est* 5, 41. – *Nov.* 119, c. 7.

[3] *A*) Gaius, II, 48. – § 1, I., *de usucap.* 2, 6. – Fr. 9. 45, pr. D., *de usurp.* 41, 3. — *B*) L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12. — *C*) L. 4, in f. C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. – L. 1, § 1, C., *de annali exceptione* 7, 40. – *Nov.* 22, c. 24.

[4] L. 8, § 1, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39.

[5] L. 8, § 1, C., *eodem.* – L. 14. C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61. — Cependant la L. 8, § 2, C., *de præscr.* XXX *annorum* 7, 39, refuse ce bénéfice à celui *qui violenter rem abstulit.*

[6] L. 14, C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61. – *Nov.* 111. 131, c. 6. *Voy.* ci-dessus, § 95, nos 2. 3.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 59, notes 9. 10, et L. 9, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39. – L. 1, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33.

[1] Comme on a l'habitude de dire : *Tantum præscriptum, quantum possessum**. Cf. Fr. 10, § 1, D., *h. t.* « Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam *longo tempore capi* possint, *cum ædificiis possint* ».

[2] Pourvu, bien entendu, que l'*usucapiens* ait eu l'intention de prescrire la liberté de la chose. *Voy.* Fr. 17, § 2, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 19, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. – Fr. 2 in f. D., *de usu et usufr. legatis* 33, 2, et ci-après, § 145.

[3] Fr. 44, § 5, D., *de usurp.* 41, 3. « Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro

des éléments fondamentaux de l'usucapion et qu'aucun signe extérieur n'indique si la chose possédée est libre ou grevée d'hypothèque [4]. La *longi temporis præscriptio*, au contraire, étant originairement une *exceptio temporalis*, paralysait l'action hypothécaire et rendait ainsi de fait illusoire le droit auquel cette action servait de garantie [5]. Justinien a modifié cet état de choses, en exigeant le délai de dix ou de vingt ans pour l'extinction des servitudes comme pour l'extinction des hypothèques : de sorte que l'usucapion des choses mobilières, accomplie par le laps de trois ans, ne libère point la chose usucapée des *iura in re* qui peuvent la grever [6].

Nous trouvons dans nos sources un exemple de restitution en entier contre l'usucapion accomplie par un absent [7]. Cette exception aurait bien pu disparaître depuis qu'une disposition de Justinien avait permis d'interrompre l'usucapion d'un absent, en protestant devant l'autorité compétente [8]. Mais, puisqu'elle a été maintenue, il est peut-être permis d'en appliquer le principe à d'autres cas parfaitement analogues, conformément à ce que nous avons dit en traitant de la restitution pour cause d'absence [9].

La possession sans bonne foi ne peut jamais servir de base à l'acquisition de la propriété par usucapion. Quelle qu'en soit la durée, pareille possession ne fournit qu'une exception au moyen de laquelle l'action en revendication peut être paralysée [10]. Aussi est-ce sans motif que les commentateurs parlent d'une prescription immémoriale qui, sans titre ni bonne foi, pourrait nous faire acquérir les droits que nous aurions exercés pendant un temps qui excède la mémoire d'homme. Aucun passage de nos sources n'appuie cette opinion, qui doit son origine à une extension arbitraire de quelques dispositions relatives à des cas spéciaux et exceptionnels [11].

herede, quo minus pignoris persecutio salva sit... » — Fr. 1, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. «... Pignoris enim causam nec usucapione peremi placuit... » — Fr. 2, pr. D., *pro herede* 41, 5. «... Etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit... » — L. 7, C., *de pignoribus* 8, 14. « Usucapio pignoris conventionem non extinguit. » — Cf. ci-après, § 168, n° 6.

[4] Ce motif semble indirectement indiqué au Fr. 44, § 5, D., *de usurp.* 41, 3. « Persecutio pignoris, quæ nulla societate dominii coniungitur, *sed sola conventione constituitur* usucapione rei non peremitur ».

[5] *Voy.* ci-après, § 168, n° 6.

[6] *Voy.*, pour les servitudes, ci-après, § 145, et pour les hypothèques, ci-après, § 168, n° 6.

[7] § 5, I., *de actionibus* 4, 6, et ci-dessus, § 74, note 37.

[8] L. 2, C., *de annali exceptione* 7, 40. — *Voy.* ci-dessus, § 59, note 22.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 74, n° 6. Mais dans le silence de la loi et en présence des diverses dispositions positives et très-précises qui exemptent certaines choses de l'usucapion, on ne saurait admettre d'autres causes de restitution en entier contre une usucapion accomplie.

[10] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. — *Voy.* ci-dessus, § 61, note 4, et ci-après, § 123, III.

[11] Fr. 2, pr. § 8, D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3; Fr. 3, § 4, D., *de aqua quotidiana et iva* 43, 20; Fr. 28, D., *de probationibus* 22, 3. Dans tous ces passages il s'agit de constructions relatives à l'écoulement des eaux dans les champs cultivés. — Fr. 45, pr. D., *de usurpationibus* 41, 3 et Fr. 7, D., *de diversis temporalibus præscriptionibus* 44, 3.

§ 116. *Divers autres modes d'acquisition.*

IX. Une constitution de la fin du quatrième siècle, inspirée par la pensée de favoriser l'agriculture et de protéger en même temps les intérêts du Trésor [1], attribue à celui qui cultive pendant deux ans un terrain laissé sans culture, *ager desertus*, la propriété de ce terrain. Ce mode d'acquisition ne constitue point un cas d'occupation : car d'une part il ne s'agit pas de terres abandonnées, *ager derelictus;* d'autre part il faut que l'acquéreur ait cultivé et payé les impôts pendant deux ans [2]. Il se présente plutôt comme une variété d'usucapion qu'on pourrait appeler *pro deserto.*

X. Celui qui fait réparer un bâtiment, lui appartenant en commun avec d'autres personnes, en acquiert la propriété, si les copropriétaires ne lui remboursent pas, dans les quatre mois de sa demande, les frais de réparation, avec douze pour cent d'intérêt annuel [3].

XI. Le fisc et les publicains acquièrent de plein droit les objets que quelqu'un cherche à introduire ou à exporter en fraude des droits de douanè ou d'autres droits fiscaux, *commissa* [4].

[1] Valentin. Theodosius et Arcadius A. A. (L. 12, Th. C., *de agro deserto* 5, 15) L. 8, I. C. *de omni agro deserto* 11, 58. — Diverses institutions de la décadence de l'empire doivent leur origine à la même pensée. Sans parler ici du colonat et de l'emphytéose, que nous sommes obligé de traiter avec plus de détails, nous lisons dans Hérodien, II, 4, 5, que l'empereur Pertinax attribua la propriété des terres désertes, ainsi que diverses immunités, au premier venu qui consentait à cultiver ces terres, tant en Italie que dans les autres parties de l'empire. Un intérêt purement fiscal avait fait créer une mesure administrative, désignée par le terme Ἐπιβολή, que Julien, dans la *Novelle* 128, c. 7. 8 rend par *adiectio*, tandis que la Vulgate le traduit erronément par *superindictio. Voy.* ci-dessus, n° 227. Cette mesure, dont l'origine paraît remonter à Aurélien, mais qui fut surtout développée sous les empereurs chrétiens, consistait à attribuer, dans les registres du cens, les terres dont le possesseur négligeait la culture et le payement des impôts et rentes, aux possesseurs des terres voisines et de mettre à la charge des nouveaux titulaires les impôts et rentes. Quand il s'agissait d'immeubles de la couronne donnés en emphytéose, l'*adiectio* faisait succéder les nouveaux titulaires dans le bail emphytéotique; à l'égard des *agri privati*, elle n'opérait point mutation de propriété, mais tant que l'état de choses créé par la *desertio* du propriétaire se continuait, le nouveau possesseur avait naturellement la jouissance de la terre. L. 13, Th. C. *de senatoribus* 6, 2 (L. 13, I. C. *de omni agro deserto* 11, 58). — L. un. Th. C., *de saturianis* 7, 19. — L. 4, Th. C. *de locatione fundorum emphyt.* 10, 3 (L. 6, I. C. 11, 58). — L. 4, 31. Th. C. *de annona* 11, 1 (L. 2. 12, I. C. 11, 58). — L. 1. 2. 5. 6. 7. 9. 10. 15, I. C. *de omni agro deserto* 11, 58. — *Nov.* 128, c. 7. 8. — *Nov.* 166. 168. — *Voy.*, pour les détails, J. Godefroi, *paratitla ad leges Th. C. laudatas,* et Serrigny, *Droit public et administratif romain,* t. II, n[os] 687 sqq. et 825.

[2] L. 8, I. C. *citée.* « Qui agros domino cessante *desertos*... ad privatum pariter *publicumque compendium* excolere festinat... » Sous ce dernier point de vue notre institution participe de la nature de l'Ἐπιβολή, mais elle en diffère en ce que cette dernière était forcée et ne donnait pas la propriété des *agri privati. Voy.* la note précédente.

[3] Fr. 52, § 10, D., *pro socio* 17, 2. — L. 4, C., *de ædificiis privatis* 8, 10. — La L. 4, C., *de iure reipublicæ* 11, 29, mentionne un usage d'après lequel, dans certaines villes, la municipalité aurait eu le droit de s'emparer des terrains couverts de *ædificia ruina collapsa.*

[4] Fr. 7, § 1. Fr. 8. 11, § 2. Fr. 14. 16, § 10, D., *de publicanis et vectigalibus et commissis* 39, 4. — L. 2. 3. 11, C., *de vectigalibus et commissis* 4, 61.

XII. L'envoi définitif en possession d'un bâtiment du chef de *damnum infectum* donnait, dans l'ancien droit, la *possessio ad usucapionem;* dans la législation de Justinien, il a pour effet de transférer à l'envoyé tous les droits qui compétaient au possesseur contre lequel l'envoi a été obtenu, par conséquent aussi la propriété de l'immeuble si ce dernier en était propriétaire [5].

XIII. Enfin, en vertu de dispositions particulières, les enfants acquièrent de plein droit, *lege*, certains biens de leurs parents, au cas que ces derniers convolent en secondes noces ou se rendent coupables d'adultère [6].

DES ACTIONS SERVANT A PROTÉGER LA PROPRIÉTÉ.

§ 117. I. *De la revendication* †. — *Notion et introduction historique.*

Dès les temps les plus reculés, le propriétaire qui avait perdu la possession de sa chose pouvait en poursuivre la restitution au moyen d'une *in rem actio*, appelée *rei vindicatio* [1]. Cette action s'introduisait, dans le principe, au moyen du *sacramentum* et était accompagnée de certaines formalités qui, après avoir été, dans l'origine, des éléments essentiels et indispensables de la procédure [2], finirent par revêtir un caractère imaginaire, tout en ayant l'utilité de servir à constater l'objet du litige [3]. Quand il s'agissait d'une chose mobilière, les parties l'apportaient devant le préteur et la touchaient toutes deux avec un javelot, plus tard une baguette [4], feignant de se la disputer, jusqu'à ce que le préteur les séparât en disant : *Mittite ambo rem* [5]. Cette lutte fictive s'appelait *manuum con-*

[5] *Voy.* ci après, t. II, § 283, I.

[6] *Voy.* ci-après, t. III, § 320 *in fine* et § 321.

† Tit. D., *de rei vindicatione* 6, 1. – Tit. Greg. C., *eodem* 3, 2. – Tit. Th. C., *eodem* 2, 23. – Tit. I. C., *eodem* 3, 32. — PELLAT donne, dans son *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété,* pages 107-426, la traduction du Tit. D., *de rei vindicatione*, accompagnée d'un excellent commentaire qui contient non-seulement le résumé de tout ce que la science moderne fournit sur la matière, mais de plus beaucoup d'idées et d'argumentations neuves.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 91.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 43, n° 1.

[3] GAIUS, IV, 10. 16 sqq. – Ps. ASCONIUS, *in Verrin.* II, 1, 45. p. 191 Orelli.

[4] GAIUS, IV, 16. « Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam iusti dominii : omnium enim maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent ».

[5] AULUS AGERIUS, touchant l'esclave litigieux, le revendique à peu près en ces termes : « HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI : ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI ». (SECUNDUM SUAM CAUSAM, c'est-à-dire comme esclave, comme *mancipium*, comme *filius familias*, ou enfin comme homme libre, quand le demandeur agissait comme *assertor* pour revendiquer la liberté d'un citoyen qui se trouvait *in servitute* ou *in mancipio.* Arg. Fr. 1, § 2, D., *h. t.*) — NUMERIUS NEGIDIUS répond exactement dans les mêmes termes, en soutenant que la chose est sienne, *contravindicatio.* — Enfin le préteur dit : « MITTITE AMBO HOMINEM ». *Voy.* GAIUS, IV, 16.

sertio [6]. Anciennement, quand il s'agissait d'un immeuble, le préteur se rendait en personne sur le terrain contesté; dans la suite, les parties en apportaient une motte de terre [7]; enfin on n'exigea plus d'elles que de faire semblant de s'y rendre [8]. L'objet du litige ainsi constaté, les parties procédaient au *sacramentum* [9]. — Avant de renvoyer la cause *in iudicium*, le préteur accordait alors la possession intérimaire à l'une des parties [10], qui était tenue de fournir caution à l'effet de garantir la restitution de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum* [11]. — Le juge saisi de la contestation, par suite de la formule donnée par le préteur, avait dès lors à rechercher laquelle des deux parties avait fait un *sacramentum iustum* ou *iniustum*, et la décision sur ce point impliquait comme conséquence le jugement sur le droit de propriété [12]. Nous n'avons aucun renseignement sur le mode suivi pour donner à ce jugement la sanction pratique néces-

6 VALERIUS PROBUS, IV, 3. « E. I. M. C. V. ex iure manum consertum vocare ». — AULU-GELLE, XX, 10, 7 sqq. « *Manum conserere* est, de qua re disceptatur, in re præsenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare. *Vindicia*, id est, correptio manus in re atque in loco præsenti apud prætorem ex XII Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est : SI QUI IN IURE MANUM CONSERUNT... Quod videtur dixisse (Ennius), conferens *vim* illam *civilem festucariam*, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi bellica et cruenta. — VARRON, *de l. l.* VI, 64 (V, 7. col. 40 Gothofr. — p. 68 Bip.) « Sic conserere manum cum hoste dicimus ». — Pour les immeubles, le résultat de la lutte était l'expulsion de l'une des deux parties, *deductio*. Par la suite, quand la présence du préteur n'était plus considérée comme nécessaire dans ces opérations préparatoires, les parties se bornaient à se provoquer au combat, qu'elles faisaient semblant de se livrer sur les lieux contestés. C'est de cet usage que Cicéron dit *deductio quæ moribus fit*. *Voy.*, pour les détails, CICÉRON, *pro Murena*, 12. 13; *pro Cæcina*; 1. 7. 8. 10. 11. 12. 32; *pro Tullio*, 20. — FESTUS, vv. *Superstites*. *Vindiciæ*. — GAIUS, IV, 17. — Les détails de cette procédure sont fort bien exposés par ORTOLAN, dans son *Explication historique des Instituts*, t. III, nos 1861-1866.

7 De même une brique, une brebis, quand il s'agissait d'une maison, d'un troupeau, et quand il s'agissait d'une succession, un objet quelconque qui en faisait partie. GAIUS, IV, 17. — FESTUS, v. *Vindiciæ*.

8 CICÉRON, *pro Murena* 12. — Ce voyage fictif n'est plus mentionné par Gaius.

9 A. A. « QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D. ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO ». — N. N. « SIMILITER EGO TE ». — Puis dépôt du *sacramentum*, ou plus tard cautionnement fourni au moyen de *prædes sacramenti*. GAIUS, IV, 16, et ci-dessus, § 43, notes 12. 13. 17.

10 Cela s'appelait *vindicias dicere* (*secundum Am Am* ou *Nm Nm*). GAIUS, IV, 16. — FESTUS, v. *Vindiciæ*. — La question de savoir à qui les *vindiciæ* devaient être attribuées se décidait sans doute d'après les circonstances. Si l'une des parties n'était pas prête à fournir la caution nécessaire, l'autre obtenait la préférence. Arg. PAUL, I, 11, 1. Quand il s'agissait d'une question de liberté (qui se jugeait également par vendication), la possession provisoire devait toujours être accordée à celui qui prétendait être libre, *vindiciæ secundum libertatem*. Ce fut contrairement à cette règle que le décemvir Appius adjugea la possession de Virginie à Claudius qui la revendiquait comme son esclave. *Voy.* ci-après, t. III, § 334, notes 41. 42.

11 GAIUS, IV, 16. 91. 94. — CIC., *in Verrem*, II, 1, 45. — *Lis* est dit pour l'objet litigieux, et *vindiciæ* indique les avantages résultant de la possession, c'est-à-dire les fruits. « *Prædes litis et vindiciarum*, id est, *rei et fructuum* ». GAIUS, IV, 16. Quant à d'autres significations du mot *vindiciæ*, *voy.* AULU-GELLE, XX, 10, 8. 9; FESTUS, v. *Vindiciæ*, et cf. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts*, t. III, no 1862.

12 *Voy.* ci-dessus, § 43, notes 15 et suivantes.

saire. D'après un passage de Gaius, il semblerait que la partie succombante était contrainte, s'il y avait lieu, à restituer la chose en nature [13]. Quand elle avait rendu cette restitution impossible, comme aussi dans le cas où il y avait lieu à des réparations ultérieures du chef de la possession intérimaire, *vindiciæ*, on procédait sans doute à un *arbitrium* dont la condamnation s'exécutait par les voies ordinaires contre la partie succombante et contre les *prædes litis et vindiciarum* [14].

Ces formalités ne passèrent point dans le système formulaire, qui n'exigeait ni *manuum consertio* ni *sacramentum* [15]. L'expédient de la gageure fut conservé pendant longtemps ; mais on se contentait du simple engagement de payer l'enjeu, *sponsio*, et encore la somme de la *sponsio* ne figurait-elle pas dans la *condemnatio*, de manière que l'engagement n'avait aucun caractère pénal et était purement préjudiciel [16]. La *sponsio* ayant eu lieu [17], l'on agissait comme si le *sacramentum* avait été fait [18], c'est-à-dire que le juge était appelé à décider laquelle des deux parties avait gagné le pari et devait par conséquent l'emporter dans la contestation sur le droit de propriété. Le défendeur, dans cette procédure *per sponsionem*, restait en possession de la chose, et garantissait la restitution par un répondant solvable qui s'engageait au moyen de la *stipulatio* et tenait lieu de l'ancien *præs* ; de là *cautio pro præde litis et vindiciarum* [19]. Mais quand il y avait contestation sur le fait même de la possession, il fallait la

[13] Gaius, IV, 48. « Omnium autem *formularum*, quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Itaque, et si corpus aliquod petamus, velut fundum..., iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, SICUT OLIM FIERI SOLEBAT, sed æstimata re pecuniam eum condemnat ».

[14] L'existence de cet *arbitrium liti æstimandæ* (Valerius Probus, IV, 10. « A. L. Æ ou E. arbitrium liti æstimandæ ») est incontestable. Mais nous n'avons pas de renseignements sur la question de savoir si, pour arriver à cette *æstimatio*, il fallait procéder à une action nouvelle ou si cette opération était simplement une suite du jugement sur le *sacramentum*, comme nous avons vu le *iudicium secutorium* dans l'interdit *Uti possidetis*, ci-dessus, § 89, notes 7. 8. 23. La dernière opinion est plus probable. Keller, *Die Actionen*, § 16, notes 222 sqq., invoque à l'appui l'analogie de la *quæstio repetundarum* qui se faisait également *sacramento*. Parmi les textes qu'il cite à l'appui de son opinion, nous choisissons : Lex (Acilia) repetundarum, c. 19. lin. 58. — Cic., *in Verrem*, I, 13 ; *pro Cluentio* 41 ; *pro C. Rabirio* 4 ; *ad familiares*, VIII, 8, 3. Cf. ci-dessus, nos 92. 93 *in fine*.

[15] *Voy.* sur les procédures *per sponsionem* et *per petitoriam formulam* : Cic., *in Verrem*, II, 1, 45. II, 2, 12, et Ps. Asconius *ad hh. ll.* p. 191. 211 Orelli. — Gaius, IV, 41. 89. 94. — *Vaticana fragm.* 336.

[16] Gaius, IV, 94, et ci-dessus, § 70, note 10.

[17] Gaius, IV, 93. « Per sponsionem vero hoc modo agimus. Provocamus adversarium tali sponsione : SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, H.-S. CXXV NUMOS DARE SPONDES ? Deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere : qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse ». Cette formule était conçue en ces termes : SI PARET Nm Nm Ao Ao H.-S. CXXV NUMOS DARE OPORTERE ».

[18] *Voy.* ci-dessus, § 44, note 5.

[19] Cic., *in Verrem*, II, 1, 45, et Ps. Ascon. *ad h. l.* p. 191 Orelli. — Gaius, IV, 89. 91. 94. — Paul, V, 9, 2. — *Vaticana fragm.* 336, et ci-dessus, § 70, note 17.

vider par un interdit *retinendæ possessionis*, afin de faire décider laquelle des deux parties jouirait de la possession intérimaire, décision qui, dans bien des cas, pouvait rendre inutile la continuation de la procédure [20]. Quand la poursuite continuait et aboutissait à un jugement sur la gageure, le demandeur victorieux obtenait probablement la réparation qui lui était due, en procédant à l'*arbitrium liti æstimandæ* de la manière décrite à l'occasion de l'interdit *Uti possidetis*, auquel notre action a bien certainement servi de modèle sous plus d'un rapport [21].— L'emploi de la gageure étant devenu une simple formalité, l'on finit par s'en affranchir et par agir directement en reconnaissance du droit de propriété, *per petitoriam formulam* [22]. L'action en revendication se trouvait ainsi réduite à ses éléments essentiels et indispensables. Cependant pour ce qui était de la possession intérimaire de la chose revendiquée, on continuait d'agir comme dans la procédure *per sponsionem*. S'il y avait contestation sur le fait même de la possession, l'avantage de jouir de la chose jusqu'au jugement du procès était accordé à celle des parties qui l'emportait dans l'*interdictum retinendæ possessionis;* dans le cas contraire, le défendeur restait en possession, moyennant caution à l'effet de garantir l'exécution du jugement à intervenir, *cautio iudicatum solvi* [23]. Mais en ce qui concerne le jugement, il y a entre les deux modes d'agir des différences notables. D'abord dans la nouvelle procédure, il devait être statué expressément et sans détour sur la question de propriété; ensuite la formule y autorisait le juge à condamner le défendeur d'emblée à la réparation due, s'il ne restituait pas la chose de manière à donner toute satisfaction à son adversaire. Pour se conformer à ces instructions, le juge commençait donc, au cas que la demande fût justifiée, par proclamer le droit de propriété

20 *Voy.* ci-dessus, § 89, notes 13. 32. 33. 34.

21 Gaius, IV, 165-169, et ci-dessus, § 71, notes 7. 23.

22 Gaius, IV, 92. « Petitoria autem formula hæc est qua actor intendit rem suam esse ». La plus ancienne mention de cette formule se trouve chez Cicéron (ci-après, note 25), qui nous en a conservé une partie : Cic., *in Verrem*, II, 2, 12. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, de quo agitur, ex iure quiritium Ai Ai esse, neque is fundus arbitrio tuo Ao Ao restitueretur; quanti ea res erit, Nm Nm Ao Ao condemnato : si non paret absolvito.

23 Gaius, IV, 89-96. — § 2, I., *de satisdationibus* 4, 11. — Si le défendeur ne fournissait point cette caution (ou celle *pro præde litis et vindiciarum*), le demandeur obtenait du magistrat l'interdit quem fundum, par lequel il était ordonné au possesseur de transférer la possession à son adversaire. L'exécution volontaire ou forcée de cet interdit donnait à celui-ci l'avantage d'être dispensé d'agir et de prouver sa propriété : il pouvait dès lors attendre que l'autre prît l'offensive et fît ses preuves. Ulpien, *fragm. Vindobonense.* II, 6. « .... tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis, qualia sunt interdicta quem fundum et quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem ». Cf. L. 1, C., *uti possidetis* 8, 6. Des interdits analogues étaient donnés dans l'action confessoire et dans la pétition d'hérédité sous les noms de Quem usumfructum et Quam hereditatem. Cf. Ulpien, *fragm. Vindobonense cité.* — Paul, I, 11, 1. — *Vaticana fragm.* 92. 93.— *Voy.*, ci-dessus, § 47, notes 20-24; § 71, note 43, et ci-après, § 118, notes 29-31; § 120, *in fine;* §§ 136, 137; t. III, § 408.

dans le chef du demandeur, *pronuntiatio;* ensuite il ordonnait au défendeur de restituer, et faute de le faire, le condamnait à l'estimation pécuniaire de l'intérêt du demandeur, conformément au principe qui domine la procédure formulaire et d'après lequel la condamnation doit toujours porter une somme d'argent. De cette manière, l'*arbitrium liti æstimandæ* faisait partie de l'instance principale, et c'est pourquoi la revendication figure parmi les actions arbitraires dans lesquelles le juge, remplissant la mission de médiateur, permet au défendeur d'éviter la condamnation en donnant satisfaction à la partie adverse [24].

Dans le système formulaire, la procédure *per sponsionem* avait d'abord existé concurremment avec celle *per petitoriam formulam* [25]; mais la dernière finit naturellement par l'emporter. La législation de Justinien ne connaît plus de *sponsio:* c'est sur le modèle de la formule pétitoire que la procédure du droit nouveau s'est formée; encore cette procédure a-t-elle été simplifiée par suite de la réunion du *ius* et du *iudicium*. Le défendeur reste en possession sans avoir besoin de fournir caution; cependant le demandeur a la faculté d'interrompre sa revendication et de recourir à une action possessoire, ce qui est naturellement plus avantageux si les conditions requises à cet effet se rencontrent dans l'espèce [26]. Le jugement est demeuré tel qu'il était dans la procédure *per petitoriam formulam;* mais si le défendeur refuse d'obéir à l'ordre de restituer la chose qui se trouve en son pouvoir, le demandeur a le choix d'exiger le payement de l'estimation pécuniaire ou de requérir la force publique pour se mettre en possession de la chose [27].

§ 118. *Conditions requises pour pouvoir intenter la revendication* †.

A) Objet de l'action. La revendication étant fondée sur le droit de propriété, il est évident que tout ce qui peut être objet de ce droit est susceptible d'être revendiqué. Ainsi l'on peut revendiquer toutes les

[24] *Voy.* ci-après, § 119, notes 1-9. Cf. ci-dessus, § 51, notes 19-22. 26.

[25] Cic., *in Verrem*, II, 1, 45, accorde au demandeur dans la pétition d'hérédité le choix entre le *sacramentum* et la *sponsio;* dans le même discours contre Verrès, II, 2, 12, il nous donne le texte de la *petitoria formula*, que nous avons reproduit ci-dessus, note 22. — Gaius, IV, 91 « ... cum in rem actio duplex sit : aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem... »

[26] Fr. 12, § 1, D., *de adq. poss.* 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum possessione : et ideo non denegatur ei interdictum Uti possidetis, qui cœpit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse qui rem vindicavit ». — Fr. 24. D., *h. t.* Cf. ci-après, § 118, note 17, et ci-dessus, note 20; § 86, note 26, b; § 89, notes 13. 32. 33. 34. — Fr. 18, § 1, D., *de vi* 43, 16. Eum qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto Unde vi potuit experiri, pendente iudicio nihilominus interdicto recte agere placuit ». Cf. ci-dessus, § 90, note 10.

[27] *Voy.* ci-après, § 119, notes 5-8.

† § 1. 2. I., *de actionibus* 4, 6. — Titt. D., *de rei vindicatione* 6, 1; C., *eodem* 3, 32.

choses corporelles qui sont dans le commerce, les meubles et les immeubles, les choses fongibles et les choses non fongibles [1]. Mais comme la propriété suppose un objet individuellement déterminé [2], nous ne pouvons revendiquer des choses fongibles que pour autant qu'elles ne soient pas confondues avec d'autres choses du même genre et qu'elles puissent être reconnues comme nous appartenantes [3]. Par le même motif, nous ne pouvons revendiquer un ensemble de droits; il faut poursuivre séparément chaque chose qui est sujette à notre droit de propriété [4]. Il en est de même des choses collectives qu'on appelle *universitates rerum* ou *facti**. A l'égard de ces choses, on peut à la vérité se servir du nom collectif troupeau, bibliothèque, etc., pourvu que la désignation soit précise et complète [5]; mais la demande et, par conséquent, le jugement ne se rapporteront qu'aux corps individuels qui font partie de l'ensemble et qui nous appartiennent [6]. On peut aussi revendiquer la part indivise ou intellectuelle qu'on a dans la propriété d'une chose [7]. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que le juge constate notre droit de copropriété et nous fasse restituer le pouvoir partiel qui nous revient sur la chose, pourvu que l'étendue de notre droit, c'est-à-dire la quotité de notre part, soit déterminée, *pars certa* [8]. Il n'en est pas de même quand la quotité qui nous

[1] Des titres et documents, en tant que choses corporelles, peuvent être l'objet d'une revendication. Fr. 3, D., *testamenta quemadmodum aperiantur* 28, 3. « Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum competit : et ob id ad exhibendum quoque agere potest. » Cf. Fr. 3, § 14, D., *ad exhibendum* 10, 4, et ci-après, t. II, § 285.

[2] C'est pourquoi la formule de la *rei vindicatio* est une *formula certa*, sauf dans les cas exceptionnels mentionnés ci-après, notes 5 et 8. *Voy.* ci-dessus, § 51, notes 21. 24; § 75, note 22, et Gaius, IV, 54. — Fr. 76, § 1, D., *h. t.* — Fr. 8, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3. — Le Fr. 6, D., *h. t.*, enseigne comment il faut déterminer l'objet qu'on revendique.

[3] Fr. 11, § 2. Fr. 14, D., *de rebus creditis* 12, 1. — Fr. 26, § 9. Fr. 46, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 24, § 2, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. — L. 8, C., *depositi* 16, 3. — Cf. Fr. 78, D., *de solutionibus*, et ci-dessus, § 104, note 8.

[4] Fr. 56, D., *de rei vind.* 6, 1. « Vindicatio non, ut gregis, ita et *peculii* recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet ». — Pour la *pétition d'hérédité*, qui est souvent qualifiée de *vindicatio hereditatis*, *voy.* ci-après, t. III, § 408.

[5] Fr. 1, § 3. Fr. 2. 3, pr. D., *h. t.* — D'après Paul, Fr. 2, D., *cité*, ce mode d'agir ne nous est permis qu'à la condition d'être propriétaire de plus de la moitié des individus qui composent la chose collective.

[6] Fr. 2. 23, § 5, D., *h. t.* — Ulpien et Marcellus, au Fr. 3, D., *eodem*, paraissent se placer à un autre point de vue. Cf. ci-dessus, § 30, note 2 *in fine*, et Pellat, *ad h. l.* page 122 sq.

[7] La revendication de ce qu'on appelle une *pars divisa* ne peut faire de doute; car c'est, en réalité, une chose ayant une existence individuelle et qu'on ne qualifie de *part* que pour indiquer que, à une époque antérieure, elle faisait partie d'une chose plus étendue. Fr. 8, *verb.* Aliter D., *h. t.*, à la note suivante. — Fr. 49, § 1, D., *eodem.* Cf. Fr. 60, pr. D., *de verborum signif.* 50, 16, et ci-dessus, § 29, Observation.

[8] Fr. 8, D., *h. t.* « Pomponius .... probat : si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius et Titius possideatis, non ab utrisque quadrantem petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum : nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidε-

revient est indéterminée. Dans ce cas, en effet, l'une des conditions essentielles de la revendication paraît faire défaut; cependant l'on autorise l'emploi de l'action quand le demandeur a une juste cause d'ignorance, sauf naturellement le devoir qui lui incombe de fournir les éléments nécessaires pour mettre le juge à même de déterminer l'objet revendiqué au moment du jugement [9]. Si la chose dont nous voulons poursuivre la restitution est jointe à une autre chose, de manière à n'avoir plus une existence individuelle, nous sommes obligé d'en demander d'abord la séparation au moyen de l'*actio ad exhibendum* [10].

B) Qui peut l'intenter? Le propriétaire [11] dont le droit est lésé de telle façon qu'il ne puisse plus disposer de sa chose. Pareille lésion a lieu toutes les fois qu'un autre se trouve en possession de la chose, et empêche ainsi le propriétaire d'exercer son droit. Le demandeur doit donc prouver les deux faits suivants : 1°) que, au moment de la *litis contestatio* [12], il a

buntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet : numquam enim pro diviso possideri potest ». La dernière proposition n'est pas absolue en ce qui concerne les choses mobilières. Ainsi l'on peut fort bien imaginer un ensemble de choses fongibles ayant des divisions ou compartiments qui établissent des *partes divisæ;* mais c'est à tort qu'on cite à ce propos les Fr. 19, pr. D., *communi dividundo* 10, 3, et Fr. 36, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. *Voy.* ci-dessus, § 95, note 1, et PELLAT, *ad h. l.*, page 145. — Cf. Fr. 1, § 3. 4, D., *si pars hereditatis petatur* 5, 4.

9 GAIUS, IV, 54, ci-dessus, § 75, note 22. – Fr. 76, § 1, D., *h. t.* « Incertæ partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat. Iusta autem causa esse potest, si forte legi Falcidiæ locus sit in testamento propter incertam detractionem in legatis, quæ vix apud iudicem examinatur. Iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, si hæsitet, quotam partem vindicare debeat : itaque talis dabitur actio. Eadem et de ceteris rebus intelligemus ». – Fr. 26, pr. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. *Voy.* aussi § 28, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 3, § 2. Fr. 5, pr. § 1, D., *h. t.* – Fr. 8, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3, et ci-dessus, § 104, notes 5 et 7.

10 Fr. 23, § 5, D., *h. t.* – Fr. 6. 7, § 1. 2, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Cf. Fr. 35, § 3, D., *h. t.* – *Voy.*, en général, sur l'*actio ad exhibendum*, ci-dessus, § 103, note 2, et ci-après, t. II, § 285.

11 GAIUS, IV, 3, 92. – § 1 in f. I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 1, § 1 in f. Fr. 23, pr. D., *h. t.* – Fr. 41, pr. Fr. 66, D., *eodem.* — Exceptionnellement l'on accorde aux soldats et aux personnes sous tutelle ou curatelle une *utilis actio* pour revendiquer les choses achetées de leurs deniers, bien que la propriété de ces choses ne leur ait point été acquise. Fr. 3, D., *quando ex facto tutoris* 26, 9; L. 3, C., *arbitrium tutelæ* 5, 51; L. 8, C., *h. t.* 3, 32. Un privilége analogue est accordé dans certains cas à la femme mariée. Fr. 55, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1. Cf. L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12, et ci-après, t. III, § 312 *in fine.* Enfin nous avons mentionné, ci-dessus, § 99, note 16 et § 100, note 10, des revendications du même genre, consacrées par les (§ 34, I., *de rer. div.* 2, 1) Fr. 9, § 2, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1, et Fr. 5, § 3, D., *h. t.* Nous reviendrons sur ces anomalies dans l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

12 Arg. Fr. 23. 35, D., *de iudiciis* 5, 1. – Fr. 7, § 7, D., *ad exhibendum* 10, 4. *Quid*, si le demandeur devient propriétaire après la *litis contestatio*, mais avant le jugement? Cette acquisition ne l'empêchera pas de succomber (cf. ci-après, note 20), sauf à intenter une action nouvelle, à laquelle l'exception de la chose jugée ne pourra être opposée. La première sentence, en effet, tout en disant qu'il n'était pas propriétaire au moment de la L. C., ne statue point pour le temps postérieur. Fr. 11, § 4, 5, D., *de exc. rei iud.* 44, 2. — Il peut paraître inutile de dire que le demandeur qui vient à perdre sa propriété (autrement que par l'usucapion du défendeur, ci-après,

la propriété de la chose [13]. Cependant la preuve de l'acquisition suffit; il n'a pas besoin de prouver qu'il a encore actuellement la propriété, car l'origine du droit étant constatée, son existence actuelle est présumée, et c'est à la partie adverse, qui soutient que cet état de choses a été changé, d'en fournir la preuve [14]. Si le demandeur a acquis par un mode dérivé, il doit prouver que son auteur était propriétaire, parce que celui-ci n'a pu lui transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même [15]. 2°) Que le défendeur est en possession de la chose réclamée, car c'est précisément ce fait qui constitue la lésion du droit du demandeur [16]. Le propriétaire qui a la possession de sa chose n'est point recevable à intenter la revendication, sous prétexte que le défendeur lui conteste sa propriété [17]. Tant que ce dernier ne l'empêche pas d'exercer son droit, il n'y a pas de lésion, partant pas d'action [18].

§ 119, note 11) après la *litis contestatio*, doit succomber dans son action. Cf. Fr. 7, § 7, D., *ad exhibendum* 10, 4. – Fr. 14, pr. D., *de condictione furtira* 13, 1.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 67, note 2 et Fr. 2. 21 in f. D., *de probationibus* 22. 3. – Fr. 9. 24. 73, pr. Fr. 80, D., *h. t.* – Fr. 5, pr. in f. D., *si usufructus petetur* 7, 6. – L. 28, C., *h. t.*, 3, 32. « Res alienas possidens, licet iustam tenendi causam nullam habeat, non nisi *suam intentionem implenti* restituere cogitur ». – L. 2, C., *de probationibus* 4, 19. Cf. L. 16, C., *eodem*. *Voy.* aussi ci-après, § 120, note 2.

[14] L. 16, C., *de probationibus* 4, 19, et ci-dessus, § 67, note 1.

[15] Fr. 54, D., *de reg. iuris* 50, 17. – Fr. 20, pr. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. « Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert : si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert ». — Le contraire de la règle énoncée dans notre exposé a été erronément soutenu par quelques auteurs, à cause des L. 4. 12, C., *de probationibus* 4, 19, qui traitent du *mode* et non pas du *fardeau* de la preuve. Pour motiver cette hérésie, l'on a invoqué la difficulté de la preuve du domaine des personnes de qui nous faisons dériver notre droit. Cette difficulté est réelle (elle a engagé les commentateurs à qualifier cette preuve de *probatio diabolica*), mais la loi y a remédié au moyen de l'usucapion, et dans tous les cas, le demandeur peut, pour éviter ce que la preuve présente de trop difficile dans un cas donné, avoir recours à l'action Publicienne, dans laquelle il suffit de prouver la juste cause en vertu de laquelle nous avons acquis la chose. *Voy.* ci-après, § 122. Souvent aussi un simple interdit possessoire pourra tenir lieu de la revendication, au moins pour l'effet pratique. Gaius, Fr. 24, D., *h. t.* « Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere ».

[16] § 2, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 1, § 6, D., *uti possidetis* 43, 16. – Fr. 25, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. — Pour faciliter cette preuve dans certains cas, la loi met à la disposition du demandeur l'*actio ad exhibendum* (L. 15, C., *h. t.*, et ci-après, t. II, § 258) et lui offre comme dernière ressource l'*interrogatio in iure*. *Voy.* ci-après, note 25 *in fine* et ci-dessus, § 68, notes 53 et suivantes.

[17] *Voy.* les textes cités à la note précédente, surtout le Fr. 1, § 6, D., *uti possidetis* 43, 17. « Interdictum autem possessionem prædii tuetur, quod est Uti possidetis. Actio enim nunquam *ultro* possessori datur : *quippe sufficit ei quod possideat* ». — C'est pourquoi Gaius, Fr. 24, D., *h. t.* (transcrit ci-dessus, note 15) conseille au propriétaire qui se croit lésé de bien examiner s'il ne se trouve pas dans une condition qui lui permette d'user des interdits possessoires. Au reste, même après avoir intenté la revendication, le propriétaire conserve toujours la faculté de recourir au possessoire. Fr. 12, § 1, D., *de adq. poss.* 41, 2, et Fr. 18, § 1, D., *de vi* 43, 16, transcrit ci-dessus, § 117, note 26.

[18] D'après Justinien, il y aurait cependant une exception à cette règle, § 2 in f. I., *de actio-*

C) Contre qui peut-elle être intentée? Contre quiconque se trouve en possession de notre chose [19], et nous empêche ainsi d'exercer notre droit de propriété [20]. Il faut cependant distinguer si le défendeur possède en son nom propre ou s'il ne fait que détenir au nom d'un autre. Dans le premier cas, il est toujours tenu de répondre à l'action ; dans le second, il peut éviter le procès en désignant le véritable possesseur, *dominum nominare* [21], qui sera alors dûment appelé à l'effet de défendre ses droits [22]. — Il peut se faire que quelqu'un soit soumis à la revendication, quoiqu'il ne possède point la chose dont il s'agit. Ainsi, sont passibles de la revendication : 1°) celui qui, tout en ne possédant pas, s'offre spontanément et dans une intention malveillante au procès, *liti se obtulit* [23]; 2°) celui qui, étant possesseur de mauvaise foi (*prædo*), a aliéné, détruit ou abandonné la chose, pourvu que ce soit dans une intention frauduleuse

nibus 4, 6 « ... Sane *uno casu*, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet ». Quel est cet *unus casus? Voy.* sur cette question célèbre, qui a singulièrement occupé les commentateurs, l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[19] C'est par ce motif que souvent le défendeur dans la revendication, et même dans d'autres actions, est appelé *possessor*. Cf. ci-dessus, § 84, note 17.

[20] § 1 in f. I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 9. 33 in f. Fr. 36, pr. 73, § 1. Fr. 74 sq. D., *h. t.* – Fr. 25, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7. – L. 1, C., *ubi in rem actio exerceri debeat* 3, 19. — Pour que le défendeur soit condamné, il n'est pas nécessaire qu'il ait possédé au moment de la *litis contestatio* et au moment du jugement; il suffit qu'il possède à ce dernier moment (Fr. 27, § 1 in f. D., *h. t.* – Fr. 7, § 4, D., *ad exhibendum* 10, 4). Le demandeur cependant, pour obtenir condamnation, doit avoir été propriétaire aux deux époques indiquées (ci-dessus, note 12). Pourquoi cette différence? Elle découlait naturellement de la rédaction de la formule. Pour que l'action fût accordée, il fallait nécessairement que, au moment où le demandeur la sollicitait, il pût dire la chose sienne. Mais la question de savoir si le défendeur devait restituer ne se présentait qu'après la *pronuntiatio;* et il suffisait dès lors qu'à ce moment le défendeur eût *facultatem restituendi.* L'équité, au reste, était parfaitement d'accord avec cette dernière solution. Mais il est permis de dire que les mêmes raisons d'équité et la considération d'utilité qui fait désirer la diminution du nombre des procès auraient dû engager les Romains, au moins après la disparition du système formulaire, à se montrer plus favorable au demandeur, en lui accordant gain de cause au cas que, n'étant pas propriétaire au moment de la *litis contestatio*, il le fût devenu avant le jugement, pourvu, bien entendu, qu'il eût intenté son action *non expressa causa* (ci-dessus, § 69, notes 25. 27-33). C'est cette solution équitable qui est consacrée par le droit canon. C. 3 in VI, *de sententiis* 1, 14. — *Quid*, si la chose revendiquée est possédée par plusieurs? Fr. 8. 42. 52. 55, D., *h. t.* – Fr. 12, § 6, D., *ad exhibendum* 10, 4.

[21] La question de savoir si le simple détenteur est passible de la revendication paraît avoir été controversée, mais elle a été définitivement résolue dans le sens affirmatif. Fr. 9, D., *h. t.* Constantin permit ensuite au défendeur de se soustraire à l'action, en désignant son principal. L. 2, C., *ubi in rem actio exerceri debeat* 3, 19. — Le défendeur peut aussi délaisser la chose, sauf sa responsabilité envers son *dominus*. Fr. 80, D., *h. t.*, ci-après, note 29.

[22] S'il ne se présente pas, la possession de la chose est transferée au demandeur. Le défaillant conserve cependant la faculté de faire valoir les droits qu'il peut avoir; mais, à cet effet, il doit se porter demandeur. L. 2 in f. C., *citée*, et ci-dessus, § 66, note 18.

[23] Fr. 7. 25, D., *h. t.* « Is qui se obtulit rei defensioni sine causa, cum non possideret...., *si actor ignoret*, non est absolvendus.... : sed hoc post litem contestatam.... » – Fr. 26. 27 pr. D., *eodem*. Cf. Fr. 13, § 13. Fr. 45, D., *de hered. petit.* 5, 3, et Fr. 39, D., *de dolo malo* 4, 3. « Si te Titio obtuleris de ea re, quam non possidebas, *in hoc ut alius usucapiat....* » — Le

ou au moins par sa faute [24] qu'il a cessé de posséder [25], *qui dolo desiit possidere, qui dolo fecit quominus possideret* [26]. Les modernes désignent ces deux cas par le nom *ficta possessio,* parce que le défendeur y est considéré comme s'il possédait, bien que la chose ne se trouve point en son pouvoir [27]. Il résulte de cette fiction qu'il sera condamné à la restitution de la chose, et, faute de le faire, au payement de la valeur estimative [28]. — Remarquons encore que le possesseur qui nie sa possession est condamné à la transférer au demandeur. Celui-ci obtient ainsi l'avantage d'être dispensé de poursuivre l'action et de prouver sa propriété, sauf cependant à l'adversaire à prendre l'offensive et à faire valoir ses droits, s'il en a [29]. Bien qu'aucun texte de la compilation de Justinien ne le dise spécialement et expressément pour la revendication, il faut pourtant admettre que la même mesure coercitive (qui, dans l'ancien droit, se pratiquait sous la forme de l'interdit *Quem fundum*) peut être prise, en

simple défendeur qui, au lieu de *nominare dominum,* répond à l'action, doit-il être considéré comme *fictus possessor qui liti se obtulit?* Évidemment non, à moins cependant que, *in iure interrogatus,* il n'ait mensongèrement déclaré *se possidere.* Cf. Fr. 20, § 1, D., *de interrogat. in iure* 11, 1, et ci-dessus, note 16.

[24] D'après les mots : *qui dolo desiit possidere, qui dolo fecit quominus possideret,* on pourrait être tenté de croire qu'il ne s'agit que de celui qui, par un fait frauduleux, a cessé de posséder; mais l'explication que nous donnons dans le texte résulte des paroles du sénatus-consulte, dont nous parlerons à la note 26, et de l'interprétation fournie par Ulpien, au Fr. 25, § 2, D., *de hered. petit.* 5, 3. Cf. ci-après, t III, § 409, note 24.

[25] Le propriétaire est naturellement libre d'agir également contre le véritable possesseur de la chose, et cela même alors qu'il aurait déjà poursuivi le *fictus possessor* et obtenu le payement de l'indemnité à laquelle celui-ci aurait été condamné. Il n'en serait pas de même si le propriétaire, ayant commencé par agir contre le *verus possessor,* avait obtenu la restitution de la chose; car dès lors il n'est plus lésé et n'a plus aucune raison d'agir contre qui que ce soit. Même solution si le *verus possessor* intervient dans l'action intentée contre le *fictus,* de manière à assurer au demandeur l'obtention et l'exécution du jugement. Fr. 7, D., *h. t.* — Fr. 13, § 14. Fr. 25, § 8, D., *de heredit. petit.* 5, 3. — Fr. 95, § 9, D., *de solutionibus* 46, 3. — L. un. C., *de alienatione iudicii mutandi causa* 2, 55. — Cf. ci-après, § 119, notes 24. 33, et t. III, § 408, note 56.

[26] Ce cas de *possessio ficta* fut d'abord introduit pour la pétition d'hérédité par un sénatus-consulte du temps d'Adrien, qu'on appelle souvent sans aucune raison *senatus-consultum Iuventianum**. Le même principe fut par la suite appliqué aux revendications. Fr. 25, § 2, D., *de hered. petit.* 5, 3. — Fr. 27, § 3. Fr. 36, pr. D., *h. t.* — Fr. 131, D., *de reg. iuris* 50, 17. « ..... quia pro possessione dolus est ». — Fr. 157, § 1, D., *eodem.* Cf. l'Observation ajoutée au présent paragraphe.

[27] Cf. ci-dessus, § 85, note 18. On pourrait aller plus loin et dire que la revendication même est fictive. L'action dont il s'agit est, en effet, au fond une *actio in personam,* qu'on a revêtue de la forme revendicatoire pour rendre plus avantageuse la position du propriétaire, victime d'un adversaire de mauvaise foi. *Voy.* l'Observation 1re ajoutée au présent paragraphe.

[28] *Voy.* ci-après, § 119, notes 18-25.

[29] Fr. 80, D., *h. t.* « In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere : ita, ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit. » Cf. Fr. 8, D., *si pars hereditatis petatur* 5, 4, et Fr. 20, § 1, D., *de interrogat. in iure* 11, 1. — Cette translation de la possession se rattache-t-elle à l'ancien interdit *Quem fundum,* donné contre l'*indefensus,* et dont nous avons parlé ci-dessus, § 117, note 23? *Voy.* Pellat, ad Fr. 80, D., *cité,* p. 410 sqq.

général, contre tout défendeur qui ne répond point à l'action [30], comme nous le rencontrons dans d'autres matières analogues [31].

Observation 1. Dans le paragraphe qui précède, nous avons vu que, dans certains cas exceptionnels, la revendication est donnée d'une part à quelqu'un qui n'est pas propriétaire, d'autre part contre quelqu'un qui ne possède point la chose revendiquée. Ce sont là de vraies anomalies, quand on ne considère que l'élément formel; mais, au fond, il n'y a, dans toutes ces hypothèses, qu'une simple action personnelle qu'on a revêtue de la forme revendicatoire pour arriver à un but qu'il était impossible ou fort difficile d'atteindre en suivant les voies ordinaires et régulières. Ainsi dans la première catégorie [32], les revendications accordées aux soldats, aux pupilles et mineurs, à la femme ont été inventées afin de permettre à ces personnes de faire valoir plus efficacement ce que nous appelons aujourd'hui un privilége [33]; la création de la revendication utile du maître qui a perdu sa propriété par accession ou spécification a été inspirée par des considérations d'équité auxquelles il était impossible de satisfaire au moyen d'une action personnelle *in factum* [34]. Quant aux deux hypothèses de *ficta possessio*, la première concernant celui *qui liti se obtulit* s'explique aisément par la marche de la procédure [35]; la seconde, celle du *prædo qui dolo desiit possidere*, est due aux inconvénients inhérents aux actions personnelles que comportait la situation [36] et à l'influence de la pétition d'hérédité. Nous verrons, en effet, quand nous traiterons des successions à cause de mort, que dans cette action, le fait apparemment si bizarre d'une poursuite revendicatoire dirigée contre quelqu'un qui n'a pas *facultatem restituendi*, se produit de la manière la plus naturelle [37]. Cela étant et la pratique ayant prouvé que dans la reven-

[30] *Voy.* ci-dessus, § 117, note 23 et Arg. Fr. 20, § 1, D., *de interrogat. in iure* 11, 1. — Fr. 6, § 6, D., *de Carboniano edicto* 37, 10. — Fr. 45, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 7, § 19, D., *quibus ex causis in poss. eatur* 42, 4. — L. 8, C., *quando et quomodo iudex* 7, 43.

[31] Notamment dans les actions confessoire et négatoire, dans la dénonciation de nouvel œuvre et dans la procédure *damni infecti*. *Voy.* ci-après, §§ 121. 136 sq., et t. II, § 283, I. II.

[32] *Voy.* ci-dessus, note 11.

[33] *Voy.* ci-après, t. II, § 300 et t. III, § 312 *in fine*.

[34] *Voy.* ci-dessus, § 99, notes 13. 16; § 102, note 10; § 103, note 11, et ci-après, t. II, § 277 *in fine*, combiné avec le § 199, Observation 1re.

[35] Si, en effet, le défendeur, après avoir librement accepté ces débats en qualité de possesseur, avait voulu devant le juge soutenir qu'il ne possédait pas, le demandeur aurait pu le repousser par un *replicatio doli*.

[36] *Voy.*, pour les actions *de dolo, furti, legis Aquiliæ*, ci-après, t. II, § 199, Obs. 1, et §§ 269. 271. Le préteur avait encore créé une action contre celui qui frauduleusement avait aliéné une chose dans le but de rendre la poursuite plus difficile au propriétaire, *alienatio iudicii mutandi causa*; mais cette action n'était que d'une application peu étendue (ci-après, t. II, § 286, note 20). Toutes ces actions impliquaient d'ailleurs des preuves plus difficiles que la revendication, dans laquelle il suffisait d'établir que le *prædo* avait possédé à une époque quelconque.

[37] *Voy.* ci-après, t. III, § 408, note 42.

dication d'une hérédité ce procédé pouvait être suivi sans inconvénient, on n'hésita pas à l'appliquer également aux revendications de choses corporelles.

Observation 2. Nous avons signalé ci-dessus, à la note 17, comme une question célèbre celle de savoir quelle est au juste l'hypothèse que Justinien avait en vue quand il dit au § 2, I., *de actionibus*, que : *sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet.* Il s'agit d'abord de préciser le sens de la phrase. Si l'on considère l'ensemble du texte, en remontant à la fin du § 1er du titre cité [38], il paraît évident qu'il ne peut s'y agir que de la revendication et de la possession réelle, *controversia rerum corporalium.* C'est pourquoi l'on ne saurait approuver les essais d'interprétation qui étendent la proposition à d'autres *in rem actiones*, mentionnées audit § 2 et à la *quasi possessio iuris* [39]. Il ne paraît pas davantage admissible d'entendre dans notre § 2 la locution *actoris partis obtinere* du fardeau de la preuve ; car en procédant ainsi, l'on aboutit à une proposition insignifiante qui, de plus, serait applicable, non pas à un seul cas, mais à un assez grand nombre d'espèces [40]. En entendant, comme on doit le faire, la phrase dont il s'agit de la revendication et en prenant la locution *actoris partis obtinere* dans le sens propre, on rend le problème assez difficile [41]. Cependant nous considérons comme pleinement

[38] § 1. 2, I., *de actionibus* 4, 6. « 1..... Quo casu proditæ actiones in rem sunt : velnti si rem corporalem possidet quis, quam Titius suam esse affirmat... 2. Æque si agat ius sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi....... in rem actio est....... Contra quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum........ proditæ sunt actiones, ut, si quis intendat, ius non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi....., istæ quoque actiones in rem sunt sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est : nam in his is agit, qui non possidet ; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem auctoris (*al :* alterius) esse. Sane *uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit* ».

[39] *Voy.* ci-dessus, § 67, Observation. Cf. Théophile, *ad h. l.* « Ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι ὁ νεμόμενος δύναται κινεῖν (movere) τὴν in rem, ὅστις καὶ νέμεται καὶ τάξιν ἄκτωρος ἐπέχει. »

[40] Voici des essais auxquels s'appliquent plus ou moins les considérations exposées : L'action négatoire peut être intentée par le propriétaire qui a la possession et même la possession libre de sa chose. *Voy.* ci-après, § 121, notes 1. 4.—L'action confessoire peut également être intentée dans des cas où le demandeur se trouve avoir la quasi-possession du *ius servitutis* qu'il poursuit. *Voy.* ci-après, § 136, note 8. — Le demandeur dans l'action négatoire, de même que le demandeur dans l'action confessoire intentée à propos d'une servitude prédiale, doivent prouver leur droit de propriété, bien qu'ils se trouvent en possession. *Voy.* ci-après, § 121, note 5 et § 136, note 6. — Le défendeur dans l'action Publicienne, qui oppose l'*exceptio dominii*, doit prouver son *dominium*, bien qu'il ait la possession. *Voy.* ci-après, § 122, notes 26 sq. — Le communiste qui veut obtenir le partage doit se faire demandeur et prouver son droit bien qu'il ait la copossession. *Voy.* ci-après, t. II, § 278, nº 2. — Nous croyons inutile de mentionner les hypothèses qui s'égarent dans le domaine des interdits possessoires, de la dénonciation de nouvel œuvre, de la pétition d'hérédité, de la *querela inofficiosi testamenti*, des *quæstiones status*, etc.

[41] Nous nous bornons à mentionner, dans cet ordre d'idées, les essais suivants : L'action que le légataire *per vindicationem*, ayant déjà la possession de la chose léguée, intente à l'effet d'obtenir des prestations complémentaires ou des accessions de la chose. Fr. 27, D., *de*

satisfaisante la solution dont Accurse avait déjà indiqué le principe et d'après laquelle l'*unus casus* est celui de la revendication intentée par le nupropriétaire contre l'usufruitier qui ne fournit pas la caution imposée par la loi [42]. Cette action présente ceci de particulier que, d'une part, elle est fondée sur une lésion qui n'affecte pas, à proprement parler, le droit de propriété, et que, d'autre part, le défendeur peut se soustraire à l'action en fournissant la caution; mais il n'est pas à méconnaître qu'il y a réellement là un revendiquant qui a la possession de la chose revendiquée et même une possession non contestée par le défendeur [43].

§ 119. *But et effet de la revendication. Prestations du défendeur.*

En intentant la revendication, nous avons pour but de faire reconnaître notre droit et de faire cesser la lésion qui a motivé l'action. Si nous fournissons les justifications nécessaires, le jugement proclamera donc d'abord que la chose revendiquée est nôtre. Cette proclamation, appelée *pronuntiatio* [1], constitue une espèce de *prœiudicium* [2] qui devrait avoir pour conséquence naturelle de faire condamner le défendeur à cesser la lésion dont le propriétaire se plaint, ce qui implique au moins restitution de la chose. Il paraît qu'il en fut ainsi dans l'origine [3]; mais ce mode d'agir n'était pas compatible avec la procédure formulaire, qui n'admettait que des condamnations pécuniaires, sauf à rendre ces condamnations assez rigou-

solutionibus 46, 3; Fr. 66, § 6, D., *de legatis II* (31). — Le cas du Fr. 12, § 1, D., *de adq. poss.* 41, 2, exposé ci-dessus, note 17. — La situation que l'application du Fr. 80, D., *h. t.*, crée, d'après les uns, au demandeur à qui est transférée la possession de la chose revendiquée, d'après d'autres, au défendeur qui est tenu de la transférer. *Voy.* ci-dessus, note 29.

[42] Fr. 7, pr. Fr. 12, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9.

[43] Comme il a été dit plus haut, cette solution avait déjà été indiquée par Accurse, mais le glossateur l'avait trop généralisée, en l'appliquant à tous les cas où nous revendiquons notre chose entre les mains d'une personne qui détient pour nous, par exemple, le commodataire, le dépositaire, le locataire, l'usufruitier. Si cela se présente, il arrivera, en effet, des deux choses l'une : 1° le défendeur refuse de restituer, prétendant posséder lui-même, et dans ce cas, il n'est pas exact de dire que nous sommes encore possesseur; 2° ou bien il refuse, sans contester notre possession. Si, dans cette dernière hypothèse, le refus du défendeur est fondé, la revendication est non recevable (*voy.* ci-après, § 120, note 8). Dans le cas contraire, elle serait certes admissible, mais cette hypothèse n'est point traitée dans le Digeste à propos du commodataire, du dépositaire, du locataire (le Fr. 20, D., *de adq. poss.* 41, 2, ne parle que de *iusta et rationabilis causa non reddendi*. *Voy.* ci-dessus, § 86, note 10); et même à l'égard de l'usufruitier, le Digeste ne mentionne qu'un seul cas, qui est précisément celui dont traitent les deux textes cités à la note précédente.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 50, note 12, et Fr. 35, § 1, D., *h. t.* « ... Sententia declaravit... » – Fr. 6, § 2, D., *de confessis* 42, 2. Cf. Fr. 40, § 2, D., *de procuratoribus* 3, 3. – Fr. 31, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 3, § 3, D., *de rebus eorum qui sub tutela* 27, 9. – Fr. 15, 30, *verb.* Respondi D., *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2.

[2] Dans les procédures *per sacramentum* et *per sponsionem*, la sentence constituait un véritable *prœiudicium*. *Voy.* ci-dessus, § 117, notes 12–14. 21.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 117, note 13.

reuses pour que le défendeur eût tout intérêt à les prévenir, en opérant spontanément la restitution, ce que le caractère arbitraire de l'action rendait possible [4]. Pour amener ce résultat, le juge, après avoir constaté le droit du demandeur, fixait au défendeur un délai à l'effet d'opérer la restitution de manière à donner satisfaction au propriétaire [5]. Si le défendeur s'exécutait, il était absous [6]; dans le cas contraire, le demandeur pouvait le faire condamner à une somme d'argent, représentant la valeur du préjudice que le défaut de restitution lui occasionnait (*quanti res est, æstimatio litis*) [7] d'après une évaluation qu'il était admis à faire lui-même sous serment quand le défendeur était *in dolo* ou refusait la restitution, bien qu'il eût la chose en son pouvoir et fût par conséquent à même de la restituer [8]. Dans cette dernière hypothèse cependant, le demandeur avait le choix de poursuivre la condamnation pécuniaire ou bien de requérir la force publique à l'effet de reprendre la chose *manu militari* [9]. — Quand les parties faisaient parcourir à l'action toutes les phases de la procédure, le jugement qui terminait la revendication se composait donc régulièrement de deux parties, l'une qui statuait sur la question de propriété,

[4] *Voy.* ci-dessus, § 45, note 3 (où il faut lire Fr. 73, D., *de fideiussoribus*) et la formule de la revendication, qui était conçue à peu près dans ces termes : OCTAVIUS IUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM D. Q. A. EX IURE QUIRITIUM A^i A^i ESSE, NEQUE IS FUNDUS ARBITRIO TUO A^o A^o RESTITUETUR; QUANTI EA RES EST, TANTAM PECUNIAM N^m N^m A^o A^o CONDEMNATO : SI NON PARET ABSOLVE. CIC., *in Verrem*, II, 2, 12. – GAIUS, IV, 41. 52.

[5] Fr. 6, § 2, D., *de confessis* 42, 2. « Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis : perinde habearis, atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset.... Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem et, si non restituatur, lis æstimatur ». – Fr. 7, D., *de re iudicata* 42, 1.

[6] Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 7, D., *de re iudicata* 42. 1. Cf. § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17; Fr. 27, § 4, D., *h. t.* et ci-après, note 13.

[7] GAIUS, IV, 48. 103. – § 31 in f. I., *de actionibus* 4, 6. – § 2. 3. I., *de officio iudicis* 4, 17, et ci-après, notes 22 sqq.

[8] Fr. 2, § 1, D., *de in litem iurando* 12, 3. « Interdum quod intersit agentis solum æstimatur, veluti cum CULPA non restituentis... punitur : cum vero DOLUS aut CONTUMACIA... quantum in litem iuraverit actor. » *A*) CULPA. *Voy.* ci-après, notes 20 sq. *B*) DOLUS. *Voy.* ci-après, notes 22 sqq. C) CONTUMACIA. Fr. 46, D., *h. t.* « Eius rei quæ, per in rem actionem petita, tanti æstimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet. Transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio quod ipse constituit ». – L. 21, C., *h. t.*, 3, 32. Cf. ci-après, note 21.

[9] § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 68, D., *h. t.* – L. 21, C., *h. t.* — Il paraît surprenant de lire dans le Fr. 68, D., *cité*, qui est attribué à Ulpien, et qui, par conséquent, appartient à l'époque formulaire, que, le défendeur « qui restituere iussu iudicis non paret... si quidem habeat rem, *manu militari* officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit ». Aussi pense-t-on généralement que ce passage a subi une interpolation. L'opinion contraire est défendue avec énergie par PELLAT, *ad h. t.*, p. 367 sqq., qui donne tous les arguments que l'on a produits pour et contre, tout en ajoutant en faveur de sa thèse un argument nouveau, tiré de PAUL, libro X *ad Sabinum*. Fr. 46, D., *h. t.* Ce texte, en effet, ne peut guère être interprété convenablement que si l'on admet que le demandeur victorieux avait le choix de reprendre la chose même ou de demander l'*æstimatio litis*. Cf. ci-dessus, la note 8 *in fine*, et ci-après, la note 22. — Quant au sens du mot *manus militaris*, *voy.* ci-dessus, n° 154 *in fine*.

l'autre qui contenait la condamnation ou l'absolution du défendeur. Mais la procédure pouvait aussi s'arrêter à la *pronuntiatio;* il se pouvait même qu'il y eût absolution sans *pronuntiatio,* lors, par exemple, que la possession faisait défaut dans le chef du défendeur. Sous quelque forme, au reste, que la sentence se présente, elle a force de chose jugée entre les parties pour les questions sur lesquelles il a été statué, suivant les principes que nous avons exposés en traitant des effets du jugement [10].

Pour que la restitution préserve le défendeur de la condamnation, il faut qu'elle ait pour effet de remettre le demandeur en l'état où il se trouverait si elle avait eu lieu au moment de la *litis contestatio.* Il ne suffit donc pas toujours de rendre la chose même; la réparation peut comprendre des prestations accessoires, que les Romains appellent *causa rei* et qui peuvent varier suivant les circonstances : le défendeur doit restituer la chose *cum omni causa* [11]. C'est d'après les mêmes bases que se fait la condamnation pécuniaire en cas de non-restitution.

Le défendeur opère la restitution de la chose même par la remise matérielle [12], qui doit se faire dans le délai fixé par le juge et dans le lieu où la chose se trouvait [13] au moment de l'action intentée [14]. Suivant les circonstances, le défendeur peut, de plus, être tenu de fournir une *cautio doli,* afin de garantir le demandeur du préjudice éventuel ou actuellement inconnu, qui peut résulter ou est résulté de ce que la restitution n'a pas eu lieu à l'époque de la *litis contestatio* [15]. — Au cas que la restitution soit

[10] *Voy.* ci-dessus, § 69, notes 21-31, et Fr. 40, § 2, D., *de procuratoribus* 3. 3. – Fr. 3, § 3, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. – Fr. 9, pr. § 1. Fr. 11, § 1. 4. 5. Fr. 15. 17. 18. 24. 30, § 1, D., *de exceptione rei iudicatæ* 44, 2, et PELLAT, p. 420 sqq. – Fr. 11, § 2. Fr. 14, § 2, D., *eodem,* et ci-dessus, § 69, notes 25. 30. — Cf. Fr. 16, § 5 in f. D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 11, pr. § 1, D., *de iureiurando* 12; Fr. 6, § 2, D., *de confessis* 42, 2. – Fr. 8, pr. D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 54, notes 20. 21, et § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. – Fr. 17, § 1. Fr. 20. 21, D., *h. t.* – Fr. 22. 75. 81, D., *de verb. signif.* 50, 16. – Fr. 173, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17.

[12] Dans l'ancien droit, il pouvait se faire que l'obligation de restituer impliquât, en outre, la nécessité de rétrocéder le *dominium* au moyen de la *mancipatio* ou de la *in iure cessio,* savoir quand il s'agissait d'une *res mancipi* que le défendeur avait acquise par usucapion accomplie durant l'instance. Dans le droit nouveau, la remise de la chose, opérant tradition dans le sens propre du mot, suffit toujours, sauf la *cautio doli,* dont il sera parlé ci-après, note 15.

[13] *Voy.* ci-dessus, note 5. Cependant si le défendeur se trouve, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer actuellement, il évite la condamnation en fournissant caution. § 2, I., *de officio iudicis* 1, 17. – Fr. 27, § 4, D., *h. t.* Cf. Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. – § 3, I., *de officio iudicis* 4, 17, et Fr. 12, § 5, D., *ad exhibendum* 10, 4.

[14] Fr. 10. 11. 12, D., *h. t.* – Fr. 11, § 1, D., *ad exhibendum* 10, 4.

[15] Fr. 18, D., *h. t.* « Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine *de dolo* cavere : periculum enim est, *ne eum vel pignoraverit* vel manumiserit. *Voy.*, pour la phrase finale de ce passage, ci-dessus, § 54, note 26, et § 33, note 10. – Fr. 20. 45, D., *eodem.* Cf. Fr. 21, D., *eodem,* combiné avec Fr. 1, § 14, D., *de adq. poss.* 41, 2.– Fr. 9, § 5. 7, D., *quod metus causa* 4, 2.

devenue impossible après l'action intentée [16], il faut distinguer : 1°) Si l'impossibilité ne peut être imputée au défendeur, il n'est tenu de rien [17]. Cependant le possesseur de mauvaise foi, se trouvant constitué en demeure par la *litis contestatio* [18], est, à ce titre, responsable du cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que la chose eût également péri chez le propriétaire, preuve dont l'effet sera cependant paralysé si celui-ci établit de son côté qu'il aurait pu éviter ou prévenir la perte au cas que la chose lui eût été restituée plus tôt [19]. 2°) Si la restitution est devenue impossible par la faute ou par le dol du défendeur, le demandeur a droit à une réparation pécuniaire suffisante pour le tenir indemne du préjudice qu'il éprouve du défaut de restitution, *æstimatio rei* ou *litis* [20]. L'indemnité est fixée par le juge ou de commun accord entre les parties, quand elle est due par un défendeur de bonne foi à qui l'on ne peut reprocher qu'une simple faute, et dans ce cas le payement de l'*æstimatio* lui donne le droit d'exiger du demandeur la cession de tous les droits et actions relatifs à la chose revendiquée [21]. Lors, au contraire, que la faute qui a rendu la restitution impossible a été commise par un possesseur de mauvaise foi ou que l'impossibilité a été causée par le dol du défendeur, la loi permet au demandeur d'estimer

[16] C'est, en effet, la *litis contestatio* qui crée le lien obligatoire dont la *solutio* est l'objet de notre action. *Voy.* ci-dessus, § 6, notes 5. 16, 19, 20 sqq. — Il peut cependant se faire que des circonstances extrinsèques aient fait naître entre les parties, même avant ce moment, des obligations qui se rapportent à la chose revendiquée et dont, par ce motif, on a cru devoir tenir compte dans l'*arbitrium* de la revendication. Cela ne saurait se présenter à l'égard du possesseur de bonne foi : aussi n'est-il jamais tenu d'aucun fait qui a pu survenir avant la *litis contestatio*. Mais il en est autrement du *m. f. possessor*. Ainsi quand, par simple faute, il a perdu la possession, il n'en est pas moins passible de la revendication, comme *fictus possessor*. *Voy.* ci-dessus, § 118, note 24. Dans le droit nouveau, il est tenu des fruits qu'il aurait pu percevoir depuis le moment où sa possession a commencé. *Voy.* ci-après, note 29. Enfin, quand il est de plein droit en demeure, ce qui a lieu lorsqu'il a pris la possession par vol ou par violence, il répond de la perte fortuite de la chose, conformément aux principes à exposer ci-après, t. II, § 179, note 14, et § 180, notes 5-6.

[17] Fr. 15, § 3. Fr. 16. 21. 27, § 1. Fr. 36, D., *h. t.* Mais *voy.* les deux notes suivantes.

[18] Conformément aux principes généraux. Quant au possesseur de bonne foi, il n'est point constitué en demeure par la seule *litis contestatio* (« nec enim debet possessor... propter metum periculi temere indefensum ius suum relinquere ». Fr. 40, pr. D., *de hereditatis petitione* 5, 3), mais seulement par la *pronuntiatio*, à moins que, par des circonstances particulières, la bonne foi n'ait cessé antérieurement. PELLAT ad Fr. 17, § 1, D., *h. t.*

[19] *Voy.* t. II, § 180, notes 4-6, et Fr. 15, § 3, D,. *h. t.* – Fr. 20, § 21. Fr. 40, pr. D.. *de heredit. petit.* 5, 3. – Fr. 12, § 4, D., *ad exhibendum* 40, 4. – Fr. 30, § 1, D., *de iureiurando* 12, 2. — La même responsabilité incombe au possesseur de bonne foi à partir du moment où il est constitué en demeure par le jugement. *Voy.* la fin de la note précédente et Fr. 15, § 3, D., *h. t.* « ... Moram passo... ». Fr. 17, § 1, D., *eodem.* « ... Si moram fecerit in homine reddendo possessor... ».

[20] Le tout, conformément aux principes généraux à exposer ci-après, t. II, §§ 174. 176. *Voy.* Fr. 13. 15, § 3. Fr. 36, § 1, D., *h. t.*, et les textes à citer dans les notes suivantes. — Si le défendeur a aliéné la chose *ex necessitate* (par exemple, pour obéir à l'autorité, pour ne pas laisser gâter les fruits), il ne doit restituer que le prix de vente qu'il a reçu lui-même. Fr. 15, § 1. 2, D., *h. t.*

[21] Le motif de cette disposition est que l'acceptation de l'*æstimatio* de la part du demandeur

lui-même sous serment l'étendue du préjudice, *in litem iurare*[22]; en outre, la mauvaise foi du défendeur est punie en ce que le payement de l'estimation, ainsi fixée, ne lui confère aucun droit à l'égard de la chose et que le demandeur n'est tenu à aucune cession ni prestation en échange de l'indemnité qu'il reçoit [23]. Le même traitement est infligé à celui qui est condamné comme *fictus possessor* [24]. — Toutes ces règles, au reste, bien que nous n'ayons parlé, dans ce qui précède, que de l'impossibilité complète de restituer, s'appliquent également, en tant que la matière le comporte, au cas où il y aurait simplement détérioration de la chose [25].

Les accessions, *causa rei*, que le défendeur est tenu de restituer avec la chose, se prennent dans le sens le plus étendu [26]. A l'égard des fruits naturels et civils [27], on fait les distinctions suivantes [28]. Le possesseur de

équivaut à une transaction ou à une vente. Fr. 63. 68. 69. 70, D., *h. t.* Cf. Fr. 46. 47, D., *eodem*, ci-dessus, note 7, c. – L. 21, C., *eodem*. – Fr. 7, § 1, D., *de Publ. act.* 6, 2. – Fr. 21, § 2, D., *de evict.* 21. 2. – Fr. 22, pr. D., *rerum amotarum* 25, 2. – Fr. 1. 3, D., *pro emtore* 41, 4. — Il est pourtant à remarquer que la cession se fait sans garantie. Fr. 35, § 2, D , *h. t.* Cf. Fr. 10, D., *rerum amotarum* 25, 2, et ci-après, t. II, § 189.

[22] Fr. 68. 71, D., *h. t.* – Fr. 1. 2. 4, § 4. Fr. 5, pr. § 3, D., *de in litem iurando* 12, 2. – Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. — Sur le *ius iurandum in litem*, *voy.* les détails ci-après, t. II, § 177.

[23] Fr. 68. 69. 70, D., *h. t.* – Fr. 40, pr. D., *de heredit. petit.* 5, 3. Les Fr. 46. 47, D., *h. t.*, appartiennent à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-dessus, note 7, c. — Aussi le demandeur conserve-t-il le droit de revendiquer sa chose, alors même qu'il aurait reçu le montant de la condamnation obtenue contre un *fictus*. Car la somme à laquelle celui-ci a été condamné est la peine de son dol : il la paie en son propre nom et non à la décharge du vrai possesseur, dont la position vis-à-vis de l'héritier n'est pas changée. L'héritier pourra donc encore agir contre le *verus possessor* ou bien contre d'autres *ficti possessores*. Fr. 13, § 14. Fr. 25, § 8, D., *de heredit. petit.* 5, 3 « ... et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur ». – Fr. 7, D., *h. t.* – Fr. 95, § 9, D., *de solutionibus* 46, 3. Cf. ci-dessus, § 118, note 25.

[24] Fr. 7. 27, § 3. Fr. 69, D., *h. t.*, combinés avec Fr. 25, § 2. 7. 8, D., *de heredit petit.* 5, 3. Cf. ci-dessus, § 118, notes 23-28.

[25] Fr. 13. 14, D., *h. t.* *Voy.* aussi ci-après, t. II, §§ 175. 178.

[26] *Voy.* ci-dessus, § 31 et § 54, notes 23 sq. – Fr. 13. Fr. 17, § 1. Fr. 20, D., *h. t.* « ... Nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, *omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset* ». – Fr. 33. 34. 35. 44. 53. 59. 61, D., *eodem*. – Fr. 2. 3, pr. § 1 Fr. 8. 38, § 7. 11, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 35. 75. 246, § 1, D., *de verborum signif.* 50, 16 – L. 2. 11, C., *h. t.* — Mais *voy.* Fr. 60, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1.

[27] C'est aux fruits civils que se rapporte le Fr. 64, D., *h. t.*, où le mot *quæ usui sunt* signifie : l'utilité qu'on tire d'une chose, la valeur d'usage qu'elle peut offrir. – Fr. 19, pr. D., *de usuris* 22, 1. Cf. Fr. 49, D., *eodem*. – L. 5, C., *h. t.*, 3, 32.

[28] La législation, en ce qui concerne la restitution des fruits, a subi diverses variations dont on trouve le détail chez Pellat, pages 312 sqq. Nous nous bornons ici à dire que, sauf en ce qui concerne les fruits perçus par le *m. f. possessor*, l'obligation de restituer les *fructus percepti* et *percipiendi* ne commençait anciennement qu'au moment de la L. C., mais que le défendeur succombant était de ce chef tenu du double. Festus, v. *Vindiciæ*... in XII : Si vindiciam falsam tulit... si velit is (al. *rei sive litis* ou bien *litis et vindiciarum*)... *prætor* arbitros tres dato : eorum arbitrio *reus* fructus duplione damnum decidito ». — Paul., 1, 13 b, 8. V, 9, 2. – L. 1, Th. C. *de fructibus* 4, 18. Par la suite, la responsabilité du défendeur fut étendue, mais la *fructuum duplio* a disparu dans le droit de Justinien. L. 2, I. C., *de fructibus* 7, 51.

mauvaise foi doit restituer tous les fruits qu'il a perçus, *fructus percepti*, et même ceux qu'il aurait pu obtenir de la chose et qu'il a négligé de tirer, *fructus percipiendi* [29]. Le possesseur de bonne foi doit ceux qui se trouvent encore chez lui, *fructus exstantes;* il n'est point tenu de ceux qu'il a consommés, *fructus consumti*, moins encore de ceux qu'il n'a pas perçus [30]. Ces règles, au reste, ne se rapportent qu'aux fruits produits avant la *litis contestatio;* car, après cet acte de la procédure, le possesseur de bonne foi est tenu de tous les fruits, même de ceux qu'il néglige de percevoir [31]. Enfin, il faut remarquer que le défendeur, tenu de restituer des fruits, a le droit de faire entrer en compte les frais qu'il a faits pour les produire [32].

Bien que la revendication comporte naturellement les condamnations que nous venons d'exposer, le demandeur ne les obtient cependant que dans la mesure de son droit et de son intérêt. Ainsi le propriétaire qui a obtenu satisfaction du véritable possesseur ne peut plus poursuivre le *fictus possessor* [33], et le nu propriétaire ne peut, en thèse générale, réclamer aucuns fruits [34].

Observation 1. On dit souvent, et les jurisconsultes romains l'avaient déjà dit, qu'après la *litis contestatio*, le possesseur de bonne foi est assimilé au possesseur de mauvaise foi [35]. Cette proposition est loin d'être exacte. Il est vrai que, par la *litis contestatio*, le défendeur de bonne foi est averti des prétentions qu'un autre élève sur la chose et que par conséquent il n'en peut plus disposer qu'à ses risques et périls [36]; il est vrai encore que le lien obligatoire qu'il contracte par le *iudicium acceptum*

[29] En un mot, tous les fruits que le demandeur aurait pu tirer s'il avait eu la chose, *omne quod habiturus foret petitor si restituta illi res fuisset*. § 35, I., *de rer. div.* 2, 1. — § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. — Fr. 62-64, D., *h. t.* — Fr. 19. 49, D., *de usuris* 22, 1. — L. 5. 22, C., *eodem*. Cf. Fr. 25, § 3-9, D., *de heredit. petit.* 5, 3. Il s'ensuit que la perte de la chose, survenue pendant l'instance, ne libère point le *malæ fidei possessor* de l'obligation de restituer les *fructus percipiendi*. Fr. 17, § 1. Fr. 33. 79. D., *h. t.* — *Voy.* encore ci-après, note 40.

[30] *Voy.* les passages cités aux notes 26 sq., et Fr. 78, D., *h. t.* Cf. Fr. 48, D., *eodem*, et Pellat, *ad h. l.*, pages 306 sqq.

[31] Consultez les passages de la note 27 et Fr. 20, § 11. Fr. 25, § 7, D., *de heredit. pet.* 5, 3. — Fr. 45, D., *h. t.* — L. 2, C., *de fructibus et litium expensis* 7, 51. *Voy.* cependant ci-après, notes 39 et suivantes.

[32] *Voy.* ci-après, § 120, note 19.

[33] Fr. 13, § 14, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. — Fr. 95, § 9, D., *de solutionibus* 46, 3. Mais après avoir obtenu satisfaction d'un *fictus possessor*, le propriétaire peut encore intenter la revendication contre le *verus* ou contre d'autres *ficti possessores*. Ci-dessus, note 23.

[34] Fr. 33 in f. Fr. 34. 35, D., *h. t.* — Fr. 19, pr. D., *de usuris* 22, 1.

[35] Fr. 25, § 7 D., *de heredit. petitione* 5, 3 « ... Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse... et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi prædones tenentur. Cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur... » — Fr. 20, § 11, D., *eodem*. — Cf. Fr. 31, § 3, D., *eodem;* Fr. 45, D., *h. t.* — L. 2. 3. 4, C., *de fructibus et litium expensis* 7, 51.

[36] Cette considération est exprimée par Constantin, L. 10, C., *de adq. poss.* 7, 31 « ... inter-

peut, à certains égards, lui imposer une responsabilité aussi rigoureuse que celle qui pèse sur le possesseur de mauvaise foi. Mais il n'en existe pas moins entre les deux positions des différences importantes, même au point de vue purement pratique. Ainsi le possesseur de mauvaise foi est constitué en demeure par la *litis contestatio*, tandis qu'il ne peut être question de demeure de la part du défendeur de bonne foi, tant qu'il n'a pas appris par le jugement qu'il est tenu de restituer [37]. Nous avons vu l'influence que cette différence exerce sur la responsabilité du défendeur en cas de perte fortuite, et il suffit de parcourir notre exposé pour se convaincre que, pour tout ce qui se rapporte à la restitution de la chose revendiquée, la position du possesseur de bonne foi est incomparablement plus avantageuse que celle du *prædo* [38]. En ce qui concerne la restitution des fruits, le législateur s'est, à la vérité, laissé entraîner à imposer au possesseur de bonne foi, à partir de la *litis contestatio*, la restitution des *fructus percipiendi* sans restriction, bien qu'il eût été sans doute plus équitable de ne le rendre responsable que de ceux qu'il aurait pu tirer s'il avait employé les soins qu'il a coutume d'employer dans la gestion de ses propres affaires [39]. Mais encore est-il à remarquer que le possesseur de mauvaise foi est éventuellement tenu des fruits qui auraient pu être perçus même après la perte de la chose, tandis que la perte fortuite de la chose libère toujours le possesseur de bonne foi de toute obligation de restituer [40].

Observation 2. Le propriétaire, qui a négligé d'obtenir la restitution des fruits par la revendication, peut-il les réclamer ultérieurement par une action séparée? L'économie du droit romain ne lui fournit aucun moyen à cet effet, à moins que la mauvaise foi du défendeur ne donne lieu à une

posita contestatione et causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet et dubitet. » Elle est indûment exagérée par Ulpien, Fr. 25, § 7, D., *de her. pet.* 5. 3. « Cœpit enim scire... » *Voy.* la note précédente.

[37] *Voy.* ci-dessus, note 17, et Fr. 40, pr. D., *de heredit. petit.* 5, 3. « Nec enim debet possessor propter metum periculi temere indefensum ius suum relinquere ». — Fr. 63, D., *de reg. iuris* 50, 17. « Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere ». Cf. ci-après, t. II, § 179, note 4.

[38] *Voy.* ci-dessus, notes 16 et suivantes.

[39] La plupart des textes qui parlent des *fructus percipiendi* se bornent à dire que le défendeur qui est tenu de ces fruits doit ceux *quos percipere potuit* ou *potuisset, debuit* ou *debuisset*, sans indiquer le point de vue auquel il faut se placer. Dès lors il paraît naturel de prendre, comme mesure des soins à apporter dans la culture et l'administration, la *diligentia boni patris familias*, et c'est ce que dit, en effet, Paul, I, 13 b, 9. Dans quelques passages, l'on paraît aller plus loin encore, en rendant le possesseur responsable jusqu'à concurrence des fruits que le *dominus* aurait pu tirer de la chose. Il n'est pas à méconnaître que cette solution pourrait être justifiée vis-à-vis du *prædo;* mais à l'égard du *b. f. possessor*, l'on est évidemment trop sévère en exigeant plus que la *diligentia qualem in suis rebus adhibere solet*. *Voy.* ci-après, tome II, § 157, notes 10 sqq.

[40] *Voy.* ci-dessus, notes 29 et 17.

action personnelle de ce chef : encore dans ce cas ne saurait-il s'agir que des fruits réellement perçus [41].

§ 120. *Des moyens de défense qui peuvent être opposés à la revendication. — Prestations éventuelles du demandeur.*

Le défendeur peut d'abord contester le fondement de l'action en déniant soit la propriété du demandeur, soit la lésion. — S'il conteste la propriété (ce qu'il peut faire par simple dénégation ou bien en soutenant qu'il est lui-même propriétaire de la chose [1]), c'est évidemment au demandeur de prouver qu'il a acquis la chose par un mode légal; faute de quoi il sera débouté de sa demande, alors même que le défendeur n'aurait aucun titre de possession [2]. Si le demandeur fournit la preuve de l'acquisition de la propriété, et que le défendeur conteste l'existence actuelle du droit, c'est à lui de prouver les faits qui en auraient amené l'extinction [3]. — Quant à la situation que crée aux parties la dénégation de la lésion, c'est-à-dire de la possession dans le chef du défendeur, nous avons eu l'occasion d'en parler ci-dessus [4].

Sans contester le fondement de l'action, le défendeur peut opposer diverses exceptions.

D'abord il peut paralyser la poursuite au moyen de la *præscriptio temporalis* qui est de trente ou quarante ans [5]. — Le même résultat peut être obtenu, suivant les circonstances, par l'*exceptio rei iudicatæ* et par des exceptions analogues, fondées sur l'aveu, sur le serment ou sur une transaction [6]. — Le défendeur peut aussi contester l'intérêt du demandeur et obtenir ainsi soit l'absolution complète, soit une diminution du mon-

[41] Arg. Fr. 22, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 15, D., *de usuris* 22, 1. — L. 3, C., *de condictione ex lege et sine causa* 4, 10. — L. 4, C., *de crimine expilatæ hereditatis* 9, 32. — Fr. 52. 78, D., *h. t.*, et PELLAT, p. 393 sqq. — *Voy.* aussi ci-après, t. II, §§ 276. 277 *in fine.*

[1] Il suffit de lire ce que nous avons dit ci-dessus, § 62 *initio*, et § 67, sur les moyens de défense et sur la preuve, pour reconnaître que l'on se sert à tort du terme *exceptio dominii* pour désigner la seconde des deux hypothèses énoncées dans le texte. Une EXCEPTIO DOMINII peut se rencontrer dans l'action Publicienne, mais point dans la revendication. *Voy.* ci-après, § 122, note 25. — Rappelons à ce propos que la propriété que le défendeur peut acquérir pendant le procès au moyen de l'usucapion ne lui donne aucun moyen de défense : il n'en est pas moins tenu de restituer, à cause de l'effet rétroactif du jugement. Cf. ci-dessus, § 119, notes 11. 12; § 113, notes 64. 65. 66; § 54, notes 22. 23. 26.

[2] § 4 in f. I., *de interdictis* 4, 15. — L. 4 in f. C., *de edendo* 2, 1. — L. 28, C., *h. t.* 3, 32. — L. 2, C., *de probationibus* 4, 19, et ci-dessus, § 118, notes 12 sq.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 67.

[4] *Voy.* ci-dessus, § 118, notes 19-21. 26-28.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 59, n° 2; § 113, note 10; et ci-après, § 123 *in fine.*

[6] *A*) Ci-dessus, § 119, notes 1 et 10. — *B*) Fr. 6, § 2, D., *de confessis* 42, 2, et ci-dessus, § 68, II. — *C*) Fr. 7, § 7, D., *de Public. actione* 6, 2. — Fr. 11, § 3, D., *de iureiurando* 12, 2, et ci-dessus, § 68, III. — *D*) Fr. 30, § 1, D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2, et ci-après, t. II, § 296.

tant de la condamnation [7]. — Il peut également refuser de restituer la chose, en soutenant qu'il a le droit de la tenir en vertu d'un droit d'usufruit, d'un droit de gage, d'un contrat de louage, de prêt, etc. [8]. — Le possesseur de bonne foi, qui se trouve dans l'impossibilité de restituer, échappe à la condamnation s'il prouve que cette impossibilité ne peut lui être imputée en aucune façon, sauf à fournir, s'il y a lieu, caution de restituer au cas que cela devienne possible et à céder au demandeur les droits et actions qu'il peut avoir acquis par rapport à la chose[9] — Si, par suite de la possession qu'il a eue, le défendeur a dû contracter des obligations, il peut exiger que le demandeur lui fournisse caution à l'effet de le garantir contre les conséquences de ces obligations [10]. — En outre, le possesseur de bonne foi qui, faute de restitution, est condamné à payer l'*æstimatio litis*, a le droit d'exiger, en échange, la cession de la revendication, et de refuser le payement en attendant que cette cession ait été faite [11].— Enfin le possesseur peut, selon les circonstances, obtenir le remboursement des impenses qu'il a faites sur la chose revendiquée. Il ne peut pas, à la vérité, demander à être indemnisé du prix qu'il a payé pour l'acquisition de la chose [12]; mais, à l'égard des impenses faites depuis l'acquisition, on distingue. Les impenses *nécessaires* doivent être restituées à tout possesseur, le voleur excepté [13]. Quant aux autres impenses [14], le défendeur a le droit de les enlever, s'il le peut

[7] *Voy.* ci-dessus, § 119, notes 33. 34.

[8] Fr. 20, D., *de adq. poss.* 41, 2. – L. 10, C., *de pignoratitia actione* 4, 24. — Cependant on ne permet point au défendeur de se prévaloir de cette exception, s'il a contesté la propriété du demandeur et l'a contraint ainsi d'en fournir la preuve. Dans ce cas, le défendeur est tenu de restituer, sauf à faire valoir ultérieurement son droit en se portant demandeur. *Nov.* 18, c. 10.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 119, note 17. — Mais il ne peut se faire un moyen dilatoire de ce qu'il serait déjà actionné en revendication par un autre. Quand cela se présente, les deux procès se poursuivent séparément, et si le défendeur est forcé de restituer la chose ensuite du jugement prononcé en premier lieu, il pourra certes se prévaloir contre l'autre adversaire de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de restituer : cependant il est du devoir du juge de ne condamner dans la première instance qu'en imposant au demandeur une caution à l'effet de garantir le défendeur au cas que le second revendiquant obtienne gain de cause contre lui. Fr. 57. 58, D., *h. t.* – Fr. 57, D., *de heredit. petitione* 5, 3, et Fr. 21, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 66, note 7.

[10] Fr. 19. 57, D., *hoc titulo.*

[11] *Voy.* ci-dessus, § 119, note 21.

[12] L. 3. 23, C., *h. t.* 3, 32. – L. 1, C., *ubi in rem actio* 3, 19. – L. 2, C., *de furtis* 6, 2. – L. 16, C., *de evictionibus* 8, 45. — Par des motifs d'équité, on a admis quelques nuances. L. 14. 16, C., *de prædiis et aliis rebus minorum* 5, 71. *Voy.* aussi Fr. 6, § 8, D., *de negotiis gestis* 3, 5. – L. 11, C., *eodem* 2, 19. — Le Fr. 6, D., *de captivis* 49, 15, que l'on cite aussi à cette occasion, appartient à un ordre d'idées tout différent.

[13] L. 5, C., *h. t.*, 3, 32. — Fr. 27, § 5, D., *h. t.* « si noxali iudicio servum defendit ». – Fr. 65, pr. D., *eodem.* « ... pecuniam creditori solutam, qui pignori datum prædium habuit... ».– Fr. 3, D., *de condictione furtiva* 13, 1. – Fr. 28, D., *de pignor. actione* 13, 7. – Fr. 79, D., *de verb. signif.* 50, 16. – L. 1. Gr. C., *de rei vindicatione* 3, 1. – L. 1, I. C., *de infantibus expositis* 8, 52.

[14] *Voy.*, sur ce qui va suivre, les textes suivants : Gaius, II, 76 sq. – § 30. 32. 33, I., *de rerum*

sans détériorer la chose, *ius tollendi*. Le droit cesse au cas que le demandeur préfère les garder en offrant d'en payer le prix [15]. Si le résultat des impenses ne peut être séparé de la chose, le possesseur de bonne foi peut, en règle générale, exiger d'être indemnisé des impenses qui ont augmenté la valeur de la chose, *impensæ utiles*. Dans l'appréciation de cette question, le juge doit tenir compte des circonstances [16]. D'ordinaire, l'équité exigera que le défendeur soit indemnisé jusqu'à concurrence de ce dont la valeur de la chose se trouve augmentée; des circonstances particulières peuvent cependant faire, d'une part, que l'indemnité doive être fixée à un chiffre supérieur qui peut même aller jusqu'au coût réel des débours, d'autre part, qu'elle doive être diminuée et même entièrement refusée [17]. Le possesseur de mauvaise foi n'a rien à réclamer du chef d'impenses simplement utiles [18]. Enfin tout possesseur, tenu de restituer des fruits, a le droit de déduire les impenses faites pour la production, la perception et la conservation de ces fruits [19]. Quel que soit, au reste, le droit du défendeur du chef d'impenses, il ne peut le faire valoir que tant qu'il se trouve en possession, en refusant, au moyen d'une *exceptio doli* [20], de restituer la chose avant d'avoir obtenu satisfaction, *ius retentionis* [21]; encore est-il à remarquer que le possesseur qui gagne des fruits doit compenser son gain avec les impenses qu'il a

divisione. — Fr. 27, § 5. Fr. 28. 29. 30. 32. 37. 38. 48. 65, pr. D., *h. t.* — L. 2. Gr. C., *eodem* 3, 1. — L. 5. 16, I. C., *eodem* 3, 32. — Les décisions que nous trouvons dans la pétition d'hérédité ne peuvent être invoquées dans notre matière qu'avec la plus grande prudence, par la raison que la H. P. est régie par un principe qui ne s'applique point dans la revendication, savoir que le possesseur évincé de l'hérédité ne doit, par suite de sa possession, ni s'enrichir ni subir une perte. *Voy.* ci-après, t. III, § 409, notes 3 et suivantes.

[15] Fr. 27, § 5. Fr. 37. 38, D., *h. t.* — Fr. 32, § 5, D., *de administr. tut.* 26. 7. — Arg. Fr. 3, § 4, *de in rem verso* 15, 3. — Fr. 9, D., *de impensis in res dotales factis* 25, 1.

[16] Fr. 38, D., *h. t.* « ..... bonus iudex varie ex personis causisque constituet..... ».

[17] Le Fr. 38, D., *h. t.*, trace à cet égard des règles aussi équitables que pratiques, qu'il faut pourtant combiner avec les décisions des Fr. 29-32. 48, D., *eodem*.

[18] § 30, I., *de rerum div.* 2, 1. — Fr. 7, § 12 in f. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 37, D., *h. t.* — L. 5 in f. C., *eodem* 3, 32. — L. 5, C., *de ædificiis privatis* 8, 10.

[19] Fr. 46, D., *de usuris* 22, 1. — L. 1, C., *de fructibus et litium expensis* 7, 51. Cf. Fr. 36, § 5. Fr. 39, § 1, D., *de heredit. petit.* 5, 3. La disposition exorbitante du Fr. 37, D., *eodem*, ne peut être appliquée à la revendication par la raison indiquée ci-dessus, note 14 *in fine*.

[20] L'obligation du propriétaire est, en effet, purement naturelle, aucun fait n'ayant eu lieu qui soit de nature à faire naître une action à sa charge. Fr. 48, D., *h. t.* — Fr. 33, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 14, D., *de doli mali except.* 44, 4. Cf. ci-dessus, § 99, note 9. — C'est à tort que quelques auteurs ont voulu donner, au moins au possesseur de bonne foi, une *actio negotiorum gestorum*, ou bien une *in factum actio* ou *condictio*, à l'effet d'obtenir une indemnité du chef des impenses faites sur la chose revendiquée. *Voy.* ci-après, t. II, § 193, note 18; § 274, note 5; §§ 276. 277 *in fine*.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 40, notes 11. 12, et Gaius, II, 76 sqq. — § 30. 32. 33. 34, I., *de rerum div.* 2, 1. — Fr. 48, D., *h. t.* — Fr. 14, § 1, D., *comm. divid.* 10, 3. — Fr. 33, D., *de condictione indebiti* 12, 6. — Fr. 7, § 12, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — L. 5. 11. 16, C., *h. t.* 3, 32. — *Voy.* aussi ci-dessus, § 99, note 10.

faites [22]. — C'est également sous la forme d'une *exceptio doli* que le défendeur fait valoir les autres droits et prétentions dont il a été parlé dans ce qui précède [23].

Il nous reste à parler de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Nous avons fait connaître, dans l'introduction historique, l'origine de ce moyen de droit et la grande importance qu'il avait anciennement pour la propriété bonitaire [24]. Nous avons également, en traitant de la tradition, montré qu'il peut, encore dans le droit nouveau, être utile toutes les fois que nous sommes inquiété dans la possession paisible d'une chose, soit par celui de qui nous avons acquis la chose, soit par d'autres qui tiennent leur droit de lui ou qui doivent répondre de ses actes [25]. Cela peut se présenter dans diverses hypothèses. D'abord, si la chose est revendiquée par notre auteur même, qui, au moment de l'aliénation faite en notre faveur, n'était pas propriétaire, mais l'est devenu par la suite; ou bien si elle est revendiquée par le vrai propriétaire, devenu héritier de notre auteur [26]. Dans ces deux hypothèses, l'action est, à la vérité, non recevable, déjà d'après les principes généraux, à cause du dol des demandeurs; mais l'*exceptio doli* serait inopérante toutes les fois que le revendiquant ne verserait point lui-même dans la mauvaise foi, par exemple, si notre auteur, après être devenu propriétaire (ou bien, le vrai propriétaire devenu héritier de notre auteur) avait transféré la chose à un tiers qui viendrait la revendiquer entre nos mains [27]. Dans ces cas, en effet, il ne nous reste d'autre moyen de défense que l'*exceptio rei venditæ et traditæ* [28]. Ensuite, la même exception nous servira contre le créancier hypothécaire, qui, prétendant être propriétaire, voudrait revendiquer la

[22] Fr. 48. 65, pr. D., *hoc titulo*.

[23] *Voy.* ci-dessus, § 62, note 7.

[24] *Voy.* ci-dessus, § 92, c, n° 1.

[25] Ce dernier groupe comprend d'abord les successeurs à titre particulier qui ont acquis de notre auteur; ensuite l'héritier qui doit répondre de tous les actes du défunt (t. III, § 401, n° 2) et le créancier hypothécaire qui doit répondre de l'acte d'aliénation en vertu duquel nous avons acquis (ci-après, note 29). Le Fr. 3, § 1, D., *de exc. rei vend. et traditæ* 21, 3, fait une énumération incomplète, en ne mentionnant que les *successores venditoris, sive in universum ius, sive in eam dumtaxat rem successerint* : elle oublie le créancier hypothécaire.

[26] Fr. 72, D., *h. t.* — Fr. 17. 73, D., *de evictionibus* 21, 2. — Fr. 1, pr. § 1. Fr. 2, D., *de exceptione rei venditæ et traditæ* 21, 3. — Fr. 42, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Fr. 4, § 32, D., *de doli mali exceptione* 44, 4. — L. 14, C., *de rei vind.* 3, 32. — L. 5, C., *de rebus alienis non alienandis* 4, 51. — L. 14. C., *de evictionibus* 8, 45. — Il n'importe, au reste, que l'aliénation ait été faite par l'auteur en personne ou par son représentant; par exemple, un mandataire, un créancier hypothécaire, pourvu que le représentant n'ait pas excédé ses pouvoirs. Fr. 14, D., *de Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 5, § 3, 4. Fr. 49 in f. D., *mandati* 17, 1. — Fr. 1, § 2. 3, D., *de exc. rei vend. et traditæ* 21, 3. — Fr. 7, § 6, D., *pro emtore* 41, 4. — L. 13, C., *de evictionibus* 8, 45.

[27] Fr. 72, D., *h. t.* — Fr. 2. 3, D., *de exc. rei venditæ et trad.* 21, 3. — Fr. 4, § 32, D., *de doli mali exceptione* 44, 4.

[28] Afin de distinguer les deux hypothèses indiquées dans le texte, nous réserverons le terme

chose qu'il nous a vendue en vertu d'un droit d'hypothèque consenti par quelqu'un qui n'était pas propriétaire [29]. Ce sont là les seules hypothèses dans lesquelles nos sources appliquent notre exception [30], et il paraît difficile d'en imaginer d'autres. C'est à tort, ce nous semble, que les auteurs modernes l'admettent contre la caution du vendeur [31], contre le mandataire qui, par erreur, aurait aliéné une chose sienne, croyant disposer de celle du mandant [32], enfin contre celui qui, ayant aliéné condi-

exceptio rei venditæ et traditæ pour les cas où le propriétaire revendiquant n'est pas *in dolo*. Le langage de nos sources est moins précis : on y confond parfois les deux termes.

29 Fr. 10, D., *de distractione pignorum* 20, 5. « Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia quæstionem movere ». Il importe de faire observer que, si le créancier hypothécaire est passible de notre exception, ce n'est point parce qu'il serait tenu de garantie d'éviction (le texte cité dit expressément le contraire; *voy.*, au reste, ci-après, note 48, et § 162, note 52), ni parce qu'il a agi comme mandataire de celui qui avait constitué l'hypothèque (ci-après, note 31); mais uniquement parce que, tout en agissant au nom d'autrui, il a agi pour lui-même, *in rem suam*. *Voy.* ci-après, note 43.

30 En dehors des divers textes que nous avons mentionnés et que nous aurons encore à mentionner, le Fr. 50, D., *emti* 19, 1, parle d'une *exceptio rei venditæ;* mais cette exception n'a rien de commun avec notre institution. Cf. ci-après, t. II, § 298 *in fine*.

31 Les partisans de cette opinion invoquent la L. 11, C., *de evictionibus* 8, 45, tout en étant fort embarrassés de la L. 31, C., *eodem*, qui refuse formellement notre exception contre l'héritier de la caution. Pour concilier ces deux décisions, les interprètes modernes ont fait divers essais des plus malheureux, que nous nous dispensons de faire connaître, d'autant plus que les deux lois ne présentent, à notre avis, ni contradiction ni même la moindre difficulté. On ne saurait, en effet, imaginer aucune raison juridique pour rendre la caution passible de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, quand elle s'est renfermée dans son rôle de fidéjusseur, c'est-à-dire de garant d'une dette pécuniaire. Aussi, la L. 11, C., *citée*, ne parle-t-elle pas de notre exception, mais de l'*exceptio doli* proprement dite qui, dans l'espèce, peut être opposée au fidéjusseur, par la raison qu'il ne s'est pas borné à garantir le payement de la somme qui peut venir à être due par le vendeur, mais qu'il est intervenu dans la vente, *qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit*. Dans la L. 31, C., *eodem*, pareille complication ne se rencontre pas, et c'est pourquoi l'héritier du fidéjusseur (comme le fidéjusseur lui-même, au reste) pourra revendiquer la chose sans avoir à craindre notre exception, tout en demeurant naturellement responsable des obligations qui peuvent incomber au vendeur du chef d'éviction, *scilicet evictionis causa durante actione*. Qu'on n'objecte pas que cette responsabilité rend de fait illusoire le droit que nous accordons au fidéjusseur. Il peut, en effet, avoir le plus grand intérêt à assumer les obligations du chef d'éviction plutôt que de renoncer à la propriété de la chose, et ce pour plusieurs raisons, parmi lesquelles nous nous bornons à signaler les suivantes : 1° il se peut que pour des motifs personnels, le fidéjusseur trouve préférable d'avoir la chose plutôt que d'être déchargé de l'obligation du chef d'éviction; 2° régulièrement, la caution n'est tenue qu'en ordre subsidiaire et peut opposer l'*exceptio ordinis;* 3° le cas échéant, elle peut user du *beneficium divisionis;* 4° dans tous les cas, si elle est forcée de payer, elle peut demander la cession des actions et exercer son recours contre le vendeur qu'elle a cautionné, recours qui peut avoir son importance pratique, surtout quand l'obligation de l'acheteur est garantie par des hypothèques ou par d'autres cautions ; 5° quand il y a *fideiussio succedanea*, la caution qui a été forcée de payer peut exercer son recours contre celui qui l'a cautionné (t. II, § 262, note 11).

32 Cette extension est contraire à la fois à l'équité, aux règles sur l'influence de l'erreur et aux principes qui, dans le droit de Justinien, régissent le mandat. C'est à tort qu'on invoque l'analogie du créancier hypothécaire. *Voy.* ci-dessus, note 29 *in fine*. Nous nous occuperons au tome II, § ~~221~~, du Fr. 49, D., *mandati* 17, 1, dont l'interprétation présente des difficultés sérieuses.

222
note 17

tionnellement une chose, la revendiquerait avant la condition accomplie [33]. — Pour que notre exception ait lieu, il faut qu'il y ait eu aliénation valable de la chose [34] et tradition ou au moins appréhension légale [35], opérées en faveur de celui qui veut s'en prévaloir ou en faveur d'une personne à laquelle il a succédé soit comme héritier, soit à titre particulier [36]. Elle peut être opposée à celui qui a fait l'acte d'aliénation, ainsi qu'à tous ceux qui tiennent leur droit de lui par succession universelle ou à titre particulier [37]. — L'*exceptio rei venditæ et traditæ* tend à ce que le demandeur soit déclaré non recevable en son action, et elle amène ainsi, de fait, l'extinction de la propriété dans sa personne [38]; mais il va sans dire que dans le cas où le demandeur ne représente notre auteur que pour une quote-part, cet effet ne se produit également qu'en proportion de cette part [39]. — L'exception peut, au reste, se trouver paralysée par

[33] Cette opinion se fonde sur une extension arbitraire de la décision du Fr. 7, § 3, D., *de iure dotium* 23, 3, où Ulpien dit que la femme qui, sans avoir rompu les fiançailles, revendiquerait des choses données en dot sous prétexte que le mariage n'est pas encore conclu, sera repoussée par une *exceptio doli aut in factum*. Quand même on voudrait admettre que cette *in factum exceptio* serait l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, encore serait-il téméraire d'étendre une décision rendue dans une matière exceptionnelle et fondée sur ce que « DOTI destinata non debent vindicari », comme le dit notre texte. Mais il est évident que l'exception dont il s'agit est purement dilatoire et ne peut, par conséquent, être notre exception, qui est essentiellement péremptoire.

[34] Fr. 32, § 2, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 2. — Fr. 32, § 2, D., *de exc. rei vend. et trad.* 21, 3. — L. 16, C., *de prædiis minorum* 5, 71. — D'abord restreinte au cas de vente, notre exception a été par la suite étendue à toutes les aliénations, même à celles qui se font à titre gratuit. Arg. Fr. 3, § 1. Fr. 7, § 3, D., *de Publ. in rem actione* 6, 2. — L'aliénation d'une partie qualitative de la chose, c'est-à-dire la constitution d'un *ius in re*, autorise également l'emploi de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. *Voy.* ci-après, § 155, notes 14. 15.

[35] Fr. 1, § 5, D., *de exc. rei vend.* 21, 3. « Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nanctus, habet exceptionem contra venditorem..... ». Cf. ci-dessus, § 113, note 44 *in fine*.

[36] *Voy.* la note suivante.

[37] Fr. 3, D., *eodem*. « Exceptio rei venditæ et traditæ non tantum ei, cui res tradita est, sed successoribus etiam eius, et emtori secundo, et si res ei non fuerit tradita, proderit; interest enim emtoris primi, secundo rem non evinci. 1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius, sive in eam dumtaxat rem successerint ». *Voy* aussi Fr. 2, D., *eodem*, et les textes cités ci-dessus, aux notes 26 et 27.

[38] *Voy.* ci-dessus, § 107, notes 7. 9. — Si l'exception est opposée à une action tendante à la poursuite d'un *ius in re* (*actio confessoria, vectigalis, hypothecaria*), elle aura pour effet d'éteindre ou de paralyser le *ius in re* dont le demandeur poursuit la reconnaissance.

[39] L. 14, C., *de rei vindicatione* 3, 32. « Cum a matre domum filii, te sciente, comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem, *si matri non successit*, nulla te exceptione tueri potes. *Quod si venditricis obtinet hereditatem*, doli mali exceptione, *pro qua portione ad eum hereditas pertinet*, uti non prohiberis ». — Fr. 13, § 4, D., *de fundo dotali* 23, 5. — C'est en appliquant indûment à notre matière la prétendue indivisibilité de l'obligation de garantie du chef d'éviction, que quelques auteurs ont soutenu que l'*exceptio rei venditæ et traditæ* paralysait *in solidum* l'action du revendiquant, alors même qu'il ne représenterait notre auteur que *pro parte*. Il est inconcevable que cette opinion, aussi contraire à l'équité qu'aux principes et aux décisions formelles de nos lois, ait pu être consacrée par la jurisprudence presque unanime des tribunaux français et belges.

diverses répliques fondées sur des circonstances qui rendent le droit du défendeur inefficace dans l'espèce [40]. — Il paraît inutile d'ajouter que celui qui est en position de se prévaloir de notre exception peut, s'il le préfère, souffrir l'éviction de la chose et s'en tenir au recours en garantie qui lui compète contre son auteur [41].

Observation. On a l'habitude de représenter l'*exceptio rei venditæ et traditæ* comme étant une conséquence de l'obligation par suite de laquelle celui qui aliène une chose doit garantir l'acquéreur du chef d'éviction, et de formuler cette proposition dans les termes suivants : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* *. Sans insister sur ce qu'il y a de trivial et de peu concluant dans la forme de cet adage [42], nous devons faire observer que la proposition qu'il est censé énoncer est erronée. Les deux institutions dont il s'agit — notre exception et la garantie d'éviction — sont de nature essentiellement différente. L'*exceptio rei venditæ et traditæ* est fondée sur la combinaison de deux principes juridiques, l'un qui veut que chacun réponde de ses actes, l'autre d'après lequel nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même [43]. La garantie du chef d'éviction, au contraire, n'a été créée que par une considération d'équité qui, à la vérité, se rattache au premier des principes prémentionnés, mais n'en dérive que d'une manière indirecte et avec des altérations et des restrictions sensibles [44]. Cette différence amène des conséquences pratiques importantes. D'abord la garantie d'éviction peut être écartée par des conventions particulières [45], tandis qu'aucune convention ne saurait priver l'acquéreur du bénéfice de l'*exceptio rei venditæ et traditæ* [46]. Ensuite, bien que, dans beaucoup de cas, notre exception et la garantie d'éviction se rencontrent ensemble et comme ayant leur source dans le même acte, le contraire arrive aussi dans plus d'une occasion. Ainsi le successeur à titre particulier du vendeur, le créancier hypothécaire et le donateur subissent notre exception bien qu'ils ne soient point tenus de la garantie d'éviction [47] ; et, par contre, la caution du ven-

[40] Par exemple, le défaut de payement du prix et diverses autres causes, indiquées dans les textes cités à la fin de la note 26, et Fr. 32, § 2, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. – Fr. 18, D., *de evictionibus* 21, 2.

[41] Fr. 17. 18. 73, D., *de evictionibus* 21, 2. – L. 3, C., *de rebus alienis non alienandis* 4, 51.

[42] *A*) Il est plus que trivial de dire que nous avons une exception pour nous défendre contre quelqu'un que nous sommes en droit d'attaquer par une action. *B*) Ce qui caractérise notre exception, c'est qu'elle peut être opposée précisément à quelqu'un contre lequel nous n'avons pas d'action en garantie.

[43] C'est en vertu du premier de ces principes que notre exception peut être opposée au créancier hypothécaire et au donateur, ci-dessus, notes 29 et 34; c'est le second qui en rend passible le successeur à titre particulier de notre auteur, ci-dessus, notes 27. 37.

[44] *Voy.* ci-après, t. II, §§ 211. 212.

[45] *Voy.* ci-après, t. II, § 212, notes 48. 49.

[46] Ce serait, en effet, une *pactio ne dolus præstetur*. *Voy.* ci-après, t. II, § 174, note 20.

[47] *Voy.* ci-dessus, notes 29. 34. 37.

deur qui répond des obligations de la garantie n'est point passible de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, à moins qu'elle ne s'y soit soumise spécialement, auquel cas le moyen n'est plus qu'une simple *exceptio doli* [48].

§ 121. II. *De l'action négatoire ou négative* †.

Cette action ne diffère de la revendication que par l'étendue de la lésion que notre droit de propriété a subie de la part du défendeur. Pour que nous puissions intenter la revendication, il faut que nous soyons entièrement empêché de disposer de notre chose; en d'autres termes, que nous soyons privé de la possession. Toute atteinte d'une importance moindre suffit pour donner l'action négatoire [1]. Le plus souvent, pareille lésion provient de ce qu'un autre prétend avoir un *ius in re*, particulièrement une servitude sur notre bien [2]. C'est pourquoi on représente quelquefois cette action comme exclusivement destinée à faire cesser l'exercice d'une servitude qu'un autre usurpe. Mais l'usage en est plus général : elle peut être intentée toutes les fois que quelqu'un nous empêche d'agir en propriétaire d'une manière aussi étendue que nous en avons le droit [3], pourvu que la lésion que nous subissons ne soit pas assez grave pour qu'il y ait lieu d'intenter la revendication, Il va sans dire, au reste, que l'état de choses dont nous nous plaignons doit essentiellement contenir une lésion de notre droit de propriété : des faits qui ne feraient que porter une atteinte accidentelle à la libre disposition de notre chose peuvent donner lieu à une action personnelle contre celui qui s'en est rendu coupable, mais ne suffisent pas pour faire naître l'action négatoire [4].

[48] *Voy.* ci-dessus, note 51.

† Titt. D., *si usufructus petetur* 7, 6; *si servitus vindicetur* 8, 5. — La formule de l'action négatoire ne nous a point été conservée; mais, d'après les renseignements que nous possédons, il nous est permis de la restituer en ces termes : « SI PARET N° N° IUS NON ESSE INVITO A° A° UTI FRUI FUNDO CORNELIANO (TIGNA IMMISSA HABERE ; IRE, AGERE ; PARIETEM ITA HABERE) Q. D. A. NEQUE N[s] N[s] ARBITRATU TUO RESTITUET; QUANTI EA RES ERIT, N[m] N[m] A° A° CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVE » ou bien : « SI PARET A° A° IUS ESSE PROHIBENDI N[m] N[m] *rel.* » Cf., pour cette dernière rédaction, Fr. 5, pr. D., *h. t.* 7, 6, et Fr. 11, D., *h. t.* 8, 5.

[1] ACTIO NEGATORIA OU NEGATIVA, parce que « A. A. negat *ius esse N° N°.* » § 2, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 2. pr. D., *h. t.* 8, 5. « De servitutibus in rem actiones nobis competunt, tam confessoria quam negatoria : *confessoria* ei qui servitutes sibi competere contendit, *negatoria* domino qui negat ». – Fr. 4, § 7, D., *eodem* et *passim*. — Elle est également appelée *contraria actio*. Fr. 8, pr. D., *h. t.* — Les Byzantins parlent aussi d'une *formula prohibitoria*, τύπος προνιβιτόριος. Cf. SCÆVOLA, Fr. 41, § 1, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. « actio ad prohibendum ».

[2] Cf. ci-après, § 137.

[3] Fr. 8, § 5, *verb.* Alfenum. Fr. 13, D., *h. t.* 8, 5. – Fr. 17, pr. § 1, D., *eodem*. « Si quando inter ædes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet : ius non esse, illum parietem ita proiectum in suum esse invito se. 1. Cum in domo *rel.* ». – Fr. 2, D., *de arboribus cædendis* 43, 27. – Fr. 6, § 2, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7. — Cf. Fr. 11. 14, § 1, D., *h. t.*, combinés avec Fr. 26. 40, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2, et ci-après, § 140, notes 6. 7. — Mais *voy.* ci-après, note 5 *in fine*, et Fr. 8, § 6, D., *h. t.*

[4] *Voy.* les considérations analogues que nous avons exposées, à propos des interdits *retinendæ*

Le demandeur doit donc prouver qu'il est propriétaire [5], et qu'il est empêché d'exercer son droit de propriété dans sa légitime étendue par le fait du défendeur ou par un état de choses dont celui-ci jouit [6]. Dès que ces deux points sont établis, la tâche du demandeur est accomplie. Le défendeur, en contestant l'action, peut soutenir qu'il a le droit de faire ce dont le demandeur se plaint; mais il doit naturellement en fournir la preuve, puisque la propriété est, de sa nature, un droit libre et illimité [7].

L'action tend à faire déclarer que notre droit de propriété n'est pas soumis à la restriction que le défendeur nous fait subir [8]. Cette déclaration a naturellement pour conséquence la condamnation du défendeur, que celui-ci peut cependant éviter, en restituant au demandeur l'intégralité de son droit [9]; ce qui implique d'abord remise des choses en l'état où elles se trouvaient avant la lésion et réparation du préjudice causé [10], ensuite abstention de toute lésion ultérieure et, le cas échéant, caution de ce chef [11]. Si le défendeur ne s'exécute pas volontairement, il est condamné au payement d'une somme d'argent égale à la valeur du préjudice que le défaut de restitution occasionne au demandeur, *quanti res est* [12]. — Rappelons que le défendeur qui ne répond pas à l'action, comme il doit le faire, s'expose à des mesures coercitives qui peuvent varier suivant les circonstances. Régulièrement il lui sera intimé, avec charge de fournir caution, de s'abstenir dorénavant de toute entreprise sur la chose

possessionis, ci-dessus, § 89, notes 25-30. — Faisons observer d'un autre côté que, si le fait dont nous nous plaignons doit nécessairement contenir une lésion partielle de notre *droit de propriété*, la gravité de la lésion est indifférente. Ainsi, pour que nous puissions intenter l'action négatoire aux fins de faire déclarer que l'adversaire n'a pas le droit d'usufruit ou tout autre droit de servitude, il n'est point nécessaire que ce dernier soit en possession de la servitude dont il s'agit : il suffit qu'il y ait de sa part un acte de lésion, quelque minime qu'il soit, et la prétention d'user d'un droit qu'il prétend lui appartenir. C'est ainsi que s'explique parfaitement le Fr. 5, § 6, D., *si ususfructus petetur* 7, 6, sans qu'on ait besoin d'admettre, contrairement à tous les principes, que l'action négatoire puisse être intentée contre quelqu'un qui se borne à élever des prétentions susceptibles de faire craindre une lésion, sans pourtant apporter une atteinte réelle à l'exercice de notre droit. *Voy.* ci-dessus, § 49, notes 7. 8, et ci-après, § 136, note 8

[5] Propriétaire unique ou propriétaire *pro parte*. Ce dernier peut, le cas échéant, agir contre ses *codomini*. Fr. 11. 14, § 1, D., *h. t.*, *cités* à la note 3. – Fr. 27, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. – Arg. Fr. 11, § 1, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. Cf. ci-après, § 136, note 4 et § 137, note 12. 7. Mais *voy.* aussi Fr. 11, D., *cité* in fine; Fr. 28 in f. D., *communi dividundo* 10, 3; Fr. 4, D., *de servitute legata* 33. 3, et ci-dessus, § 95, notes 3. 4.

[6] *Voy.* les textes cités à la note 3, et ci-après, § 137.

[7] *Voy.* ci-après, § 137 *in fine*.

[8] C'est de cette déclaration négative que vient le nom de l'action. Ci-dessus, note 1.

[9] « SI PARET N° N° IUS NON ESSE.... NEQUE N^s N^s ARBITRATU TUO RESTITUET, QUANTI EA RES ERIT N^m N^m A° A° CONDEMNA. » *Voy.* ci-dessus, § 119, notes 1-14, et ci-après, §§ 136. 137.

[10] Fr. 4, § 2. Fr. 6, § 6. Fr. 7. 12. 14, pr. D., *h. t.* 8, 5. – Fr. 5, pr. § 6, D., *h. t.* 7, 6. – L. 8, C., *de servitutibus* 3, 34. *Voy.* ci-après, § 137, notes 12-15.

[11] Fr. 5, § 6, D., *h. t.* 7, 6. – Fr. 7. 12, D., *h. t.* 8, 5.

[12] Fr. 15, D., *de o. n. n.* 39, 1. – Fr. 45, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 7. 18, D., *h. t.* 8, 5.

de la partie adverse, à moins qu'il ne se décide à faire établir par la voie judiciaire, et en prenant le rôle de demandeur, que le droit contesté lui appartient réellement. En cas de besoin, le juge peut aussi décréter un envoi en possession en faveur du demandeur [13].

§ 122. III. *De l'action Publicienne* †.

Nous avons vu ci-dessus que l'action Publicienne a été créée afin de protéger le pouvoir sur une chose que les Romains désignent par la locution : *in bonis,* en opposition au *nudum ius Quiritium* [1]. Ce pouvoir, en effet, n'ayant pas été acquis en conformité du *ius civile*, ne pouvait jouir de la garantie efficace et absolue de la revendication, tant qu'il restait à cet état et n'avait pas été revêtu du caractère civil au moyen de l'usucapion. Cependant il est évident que, même avant l'accomplissement de l'usucapion, personne au monde n'a de meilleur droit sur la chose que le bonitaire ; il est, de plus, certain que, légalement parlant, l'accomplissement de l'usucapion n'est qu'une question de temps, c'est-à-dire que, dans un temps donné, à moins d'être illégalement dépouillé de la chose, le possesseur en aura infailliblement le *dominium ex iure Quiritium.* En présence de cette situation, le préteur Publicius [2], jugeant que ce qui est légalement inévitable peut sans danger, dans le domaine légal, être considéré comme existant, n'hésita pas à accorder une protection que l'équité et la sûreté des transactions sociales exigeaient. A cet effet, il créa une formule d'action par laquelle il ordonnait au juge de traiter le possesseur qui est en train d'usucaper et qui ne peut légalement manquer d'accomplir l'usucapion, comme s'il l'avait déjà réellement accomplie, c'est-à-dire comme si la chose possédée était devenue sienne *ex iure Quiritium* [3].

Cette action était donc, par sa forme, une *actio fictitia*, puisqu'elle reposait sur la fiction de l'accomplissement d'une usucapion qui n'était point encore accomplie ; quant à sa nature et à ses effets, elle était une *utilis rei vindicatio*, puisqu'elle produisait tous les effets de cette action, donnée pour la protection de la propriété quiritaire [4]. Le droit de con-

[13] *Voy.* ci-dessus, § 117, note 23, et ci-après, § 136 *in fine;* § 137 *in fine.*

† Gaius, IV, 36. — § 3. 4, I., *de actionibus* 4, 6. — Tit. D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. Ce titre du Digeste se trouve traduit et commenté dans l'ouvrage déjà cité de Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur le droit de propriété*, pages 427 et suivantes.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 92, c, 1 et nº 125.

[2] Nous n'avons aucun renseignement sur ce préteur. Cic., *pro Cluentio*, 45, nous apprend qu'il a plaidé devant un préteur Q. Publicius. La mention la plus ancienne de notre action se trouve chez Neratius Priscus. Fr. 17, D., *h. t.*

[3] Gaius, IV, 36. « (Octavius) iudex esto. Si quem hominem A. A. emit (et is) traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret neque is homo arbitrio tuo A° A° restituetur ; quanti ea res erit, Nm Nm A° A° condemnato : s. n. p. a.

[4] *Voy.* ci-dessus, nº 125 et § 52, i.

vertir au moyen de l'usucapion le pouvoir sur une chose en *dominium ex iure Quiritium* n'était pas exclusivement propre au bonitaire; il appartenait également, mais d'une manière moins certaine, au possesseur de bonne foi [5]. Il était donc logique d'appliquer le principe de l'action Publicienne également à la *bonæ fidei possessio* [6], tout en tenant compte des différences qui séparent les deux institutions, en ce sens que l'action Publicienne du bonitaire est aussi absolue que la revendication et peut être intentée contre tous, tandis que le *bonæ fidei possessor* ne peut se servir de l'action que contre ceux qui ont un droit inférieur au sien. — La possession de bonne foi n'exigeant, dans le chef du possesseur, qu'une acquisition *ex iusta causa* [7], cette considération ne tarda pas à devenir dominante dans notre matière et le principe de l'action Publicienne finit par être étendu à toutes les acquisitions de droits réels *ex iusta causa,* même dans des hypothèses où l'acquisition ne pouvait point servir de base à une usucapion [8]. Ainsi, dans le droit nouveau, l'action Publicienne figure toujours comme une *utilis in rem actio,* mais elle ne repose plus essentiellement sur la fiction de l'usucapion accomplie [9].

A) L'action Publicienne, opérant comme revendication utile, peut avoir pour objet toute chose susceptible d'être revendiquée, pourvu que l'usucapion n'en soit point prohibée par la loi [10].

B) Elle appartient à celui qui a acquis la chose dont il s'agit en vertu d'une juste cause (propre en thèse générale à donner le droit de propriété) et qui se trouve actuellement privé de la possession de la chose [11]. En conséquence, le demandeur doit prouver, d'une part, son acquisition et, d'autre part, la possession dans le chef du défendeur.

1° En ce qui concerne le premier point, l'action Publicienne, de même que l'*exceptio rei venditæ et traditæ,* n'avait été donnée dans l'origine que lorsque la chose avait été acquise par tradition faite ensuite d'un achat [12].

[5] *Voy.* ci-dessus, § 92, Observation et plus particulièrement § 110.

[6] Ulpien au Fr. 7, § 11, D., *h. t.*, commente, comme faisant partie de l'édit, la phrase : qui bona fide emit, bien que ces mots ne se trouvent ni dans la formule de l'action chez Gaius, IV, 36, ni dans le texte de l'édit que le Fr. 1 pr. D., *h. t.* donne d'après Ulpien. *Voy.* ci-après, note 11.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 110, d et § 113, Observation.

[8] Aux fonds provinciaux et aux servitudes à une époque où ces fonds et ces droits ne pouvaient être acquis par usucapion; — aux droits d'emphytéose et de superficie qui n'ont jamais pu être usucapés en droit romain; — voire même au droit de gage et d'hypothèque à l'égard duquel aucune usucapion ne saurait être imaginée. Fr. 12, § 2, D., *h. t.*, et ci-après, § 136 *in fine;* § 137 *in fine;* § 139, note 8; § 140 *in fine;* § 149, n° 1; § 150 *in fine;* § 155, note 16; § 166, notes 34. 35.

[9] *Voy.* ci-après, notes 15 et 16. Cf. Fr. 11, § 5. Fr. 12, D., *hoc titulo.*

[10] Fr. 9, § 5. Fr. 12, § 4, D., *h. t.* Cf. ci-dessus, § 118, a, combiné avec § 113, a.

[11] Ulpien, Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Ait prætor : Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petit, iudicium dabo.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 120, notes 34 sq., et Gaius, IV, 36, ci-dessus, note 2. – Fr. 1, pr. D., *h. t.*, ci-dessus, note 11. – Fr. 3, § 1. Fr. 7, § 16. 17. Fr. 9. 11, pr. Fr. 12, pr. D., *h. t.*

Mais le principe de l'action fut plus tard étendu à tous les cas où le demandeur avait obtenu la possession d'une manière non vicieuse [13] en vertu d'une juste cause quelconque, même à titre gratuit [14]. On alla plus loin encore, en admettant l'action en faveur de certaines personnes, ayant une juste cause d'acquisition, sans exiger qu'elles eussent eu la possession de la chose [15]; cependant cette application n'a eu lieu que dans quelques cas exceptionnels qui présentent ceci de particulier que le titre sur lequel le demandeur se fonde est de nature à transférer la propriété sans prise de possession [16]. — Le texte de l'édit n'avait exigé qu'une juste cause d'acquisition; mais on ne tarda pas à appliquer à la Publicienne la division de cette notion en *iustus titulus* et *bona fides*, que nous avons signalée en traitant de l'usucapion [17]. Aussi toutes les questions que nous avons indiquées à cette occasion peuvent se représenter dans notre matière. Notamment, d'une part nous y rencontrons la controverse concernant le titre putatif, bien qu'un texte très-positif décide la question en

[13] *Voy.* ci-dessus, § 120, note 35, et Fr. 6. Fr. 11, § 5-8, D., *h. t.* – Fr. 13, pr. D., *eodem.* « Quæcumque sunt iustæ causæ adquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis... hæc actio ». – Fr. 13, D., *eodem.*

[14] *Voy.* ci-dessus, § 120, note 4 et les passages suivants : Fr. 1, § 2. Fr. 3-7, D., *h. t.* « I, 2. ..... Cum satis multæ sint iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? Ut puta legatorum. II. Vel mortis causa donationes factæ... III, 1. Ei cui dotis nomine tradita res est, necdum usucapta... Item, si res ex causa iudicati sit tradita. IV. Vel solvendi causa. V. Vel ex causa noxæ deditionis... VII. Sed et si res adiudicata sit... 1. Si lis fuerit æstimata... 3. Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit... 5. Sed et si permutatio facta sit... 7. Si petenti mihi rem iusiurandum detuleris egoque iuravero rem meam esse... » – Fr. 11, § 3. 5. 8. Fr. 12, pr. § 1. Fr. 13, pr. D., *eodem.* – Fr. 28, D., *de noxalibus act.* 9, 4. – Fr. 63, pr. D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1. – Fr. 18, § 15, D., *de damno infecto* 39, 2. — Cf. ci-dessus, § 113, notes 41-51 et § 119, note 21.

[15] Le Fr. 12, § 7, D., *h. t.* « Sed etiam is qui *momento* possedit, recte hac actione experitur » ne s'applique donc point à ces hypothèses qui sont indiquées dans les fragments suivants de notre titre : Fr. 1, § 2. « Sed cur *traditionis* dumtaxat et *usucapionis* fecit mentionem (Prætor), cum satis multæ sint iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? Ut puta legatorum. Fr. 2. « Vel mortis causa donationes factæ... » Fr. 7, pr. § 1. 7. « Res adiudicata. 1. Lis æstimata. 7 Si iuravero rem meam esse. » Fr. 12, § 1. « Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nanctus possessionem. » *Voy.* à la note précédente. — Fr. 11, § 2. Fr. 15, D., *h. t.*

[16] *Voy.* les passages de notre titre cités à la note précédente. Cette extension de la Publicienne est, au reste, fort contestée. Abstraction faite des objections spéciales qu'on fait valoir à l'égard des legs, des fidéicommis universels et des donations à cause de mort, objections sur lesquelles nous aurons à revenir au Livre V[e], on invoque surtout l'axiome incontestable, énoncé au Fr. 25, D., *de usurpat.* 41, 3. « Sine possessione usucapio contingere non potest ». Mais cet argument, tout-puissant dans l'origine de l'institution, n'a plus aucune valeur dans le droit nouveau. *Voy.* ci-dessus, notes 8. 9. Bien au contraire, l'extension que nous soutenons, loin d'être en opposition avec l'esprit de la loi, est parfaitement conforme au développement historique de notre institution. Seulement, quand il s'agit de legs, de fidéicommis, de donation à cause de mort, il faut que la chose que nous revendiquons par la Publicienne ait été au pouvoir de notre auteur; car sans cela on chercherait en vain la cause sur laquelle nous fonderions notre croyance d'en être devenu propriétaire. *Voy.* ci-après, t. III, §§ 425. 447 sq. 450.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 110, notes 18 sqq. et § 113, C. D. et OBSERVATION.

faveur de ce titre [18]; d'autre part il est certain que, le juste titre étant établi, le demandeur n'a pas besoin de prouver sa bonne foi qui est dès lors présumée [19] et qui, d'ailleurs, n'est requise qu'au moment de l'acquisition : *mala fides superveniens non nocet* [20]. Le demandeur dans la Publicienne se trouve ainsi dans une position bien plus avantageuse que le demandeur dans la revendication, lequel, outre le juste titre de son acquisition, doit encore prouver le droit de propriété de ses auteurs toutes les fois qu'il a acquis la chose par un mode dérivé [21]. C'est pour cette raison que même le propriétaire agira, dans bien des cas, prudemment, en recourant à l'action Publicienne [22], soit en l'intentant directement, soit en employant la formule Publicienne en même temps que la formule revendicatoire, mais en ordre subsidiaire [23]. Rien ne s'oppose, au reste, à ce qu'on intente l'action Publicienne, après avoir succombé dans la revendication : en effet, la question soumise au juge n'étant pas la même dans les deux actions, il n'y a point lieu à l'exception de la chose jugée [24].

2° En ce qui concerne le second point à prouver par le demandeur :

[18] *Voy.* ci-dessus, § 113, D. *in fine*, et Ulpien, Fr. 7, § 2, D., *h. t.* « Marcellus..... scribit eum qui a furioso, ignorans eum furere, emi, posse usucapere : ergo et Publicianam habet ». – Fr. 5, D., *eodem*. « Vel ex causa noxæ deditionis, *sive vera causa sit*, *sive falsa* ». Si Paul, Fr. 2, § 16, D., *pro emtore* 41, 4, tout en admettant la possibilité de l'usucapion, dans le cas où l'acquéreur a acheté d'un fou qu'il croit sain d'esprit, ajoute ce qui suit : « quamvis nulla esset emtio : et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis » il faut bien admettre qu'il n'entend refuser les deux actions et l'*accessio possessionis* que contre le furieux même, et ce par la raison que *nulla est emtio* et que, par conséquent, le furieux, demeuré propriétaire, n'a pas à craindre l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Cf. Fr. 5-7, § 2, D., *h. t.*, transcrits au commencement de la note; Fr. 13, § 2, D., *eodem*, et ci-dessus, § 113, notes 54-56 et Observation.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 113, note 40. C'est pourquoi le demandeur qui a acquis par achat n'a pas besoin de prouver le payement du prix. Fr. 8, D., *h. t.* Il est vrai que ce payement est, en général, requis dans l'*usucapio pro emtore*, mais c'est comme un élément de la *bonne foi* (qui n'a pas besoin d'être prouvée), l'acheteur ne pouvant se croire propriétaire s'il n'a pas payé le prix. *Voy.* ci-dessus, § 113, note 42.

[20] *Voy.* ci-dessus, § 113, note 33, et Fr. 7, § 11. 14, D., *h. t.* Pour écarter le Fr. 11, § 3, D., *eodem*, où Julien semble dire le contraire, à propos de l'enfant d'une esclave volée et donnée (*donata*) au demandeur, l'on a proposé de remplacer les mots : *quo experiar* par *quo et pariat* ou bien *quo ea pariat*, ce qui suffirait à la vérité pour écarter l'antinomie. Mais, comme ce changement n'est autorisé par aucun manuscrit et qu'il est de plus contraire aux Basiliques et aux interprètes grecs, il paraît préférable d'admettre que c'est par suite d'une inadvertance des compilateurs du Digeste que nous trouvons dans ce recueil une décision qui, anciennement, avait pu être justifiée par la nature spéciale du cas auquel elle se rapporte. Il s'y rencontre, en effet, une circonstance qui, d'après quelques jurisconsultes anciens, aurait rendu indispensable la continuation de la bonne foi, savoir : la qualité d'esclave volée et la *possessio pro donato*. Fr. 4, D., *pro suo* 41, 10, et ci-dessus, § 113, note 34. Cf. Pellat, *ad h. l.*, p. 548 sqq.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 118, note 15.

[22] C'est sans aucun fondement qu'on a voulu contester cette proposition (qui découle de la nature des choses et qui surabondamment est consacrée par le Fr. 66, D., *de evictionibus* 21, 2), en abusant du Fr. 1, § 1, D., *h. t.*, où il est dit que celui qui a accompli l'usucapion « habet civilem actionem, nec desiderat honorariam ». Cf. Pellat, pages 444, 451.

[23] Arg. Fr. 1, § 4, D., *quod legatorum* 43, 3.

[24] Fr. 39, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2.

la lésion que son droit éprouve de la part du défendeur, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit, ci-dessus, en traitant de la revendication [25].

C) Comme la revendication, l'action Publicienne peut être intentée contre tout possesseur, voire même contre le simple détenteur, ainsi que contre le *fictus possessor*. Mais pour que le demandeur triomphe, il faut que son droit soit supérieur à celui du défendeur : car ce n'est qu'à cette condition qu'il peut demander que l'état actuel de choses soit changé. Il est d'abord évident que l'action Publicienne ne saurait aboutir contre le vrai propriétaire, qui la repousserait en excipant de son droit de propriété [26], supérieur sans conteste à la simple possession de bonne foi, *exceptio dominii* [27]. Par contre, elle est donnée sans restriction contre le possesseur sans titre ou sans bonne foi. Mais qu'arrivera-t-il lorsqu'elle est intentée contre quelqu'un qui possède également *ad usucapionem?* Dans ce conflit, si les deux parties tiennent leur droit du même auteur, le jugement sera en faveur de celle à qui la tradition a été faite en premier lieu; dans le cas contraire, la préférence est accordée à la partie qui se trouve en possession [28].

[25] *Voy.* ci-dessus, § 118, notes 18-28.

[26] Si, dans la revendication, le moyen de défense par lequel le possesseur repousse l'action en soutenant qu'il est propriétaire lui-même, ne mérite pas le nom d'*exceptio* (ci-dessus, § 120, note 1); il en est autrement dans la Publicienne, où ce moyen laisse debout le fondement de l'action, qui est l'acquisition *ex iusta causa*, tout en paralysant les conséquences que le demandeur prétend en faire découler. Aussi se présente-t-il sous la forme habituelle des exceptions · « CONDEMNA, SI EA RES POSSESSORIS (N[i] N[i]) NON SIT. Fr. 17, D., *h. t.*–Fr. 28, D., *de noxal. act.* 9, 4, à la note suivante. – Fr. 57, D., *mandati*, ci-après, note 32. — Cf. ci-dessus, § 62, note 1.

[27] Fr. 16. 17, D., *h. t.* Cependant il peut se faire que cette exception soit à son tour détruite par une *replicatio rei iudicatæ, rei venditæ et traditæ*, ou en général *doli*. Fr. 63, 72, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 7, § 3, D., *h. t.* – Fr. 14, D., *eodem.* « .... exceptione quam debuit opponere, veluti : *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit* ». – Fr. 28, D., *de noxal. act.* 9, 4. « ..... Publiciana mihi datur, et adversus exceptionem *si dominus eius sit*, utilem mihi replicationem *doli mali* profuturam.... » – Fr. 22, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 2, D., *de exc. rei venditæ et traditæ* 21, 3. – Fr. 18, § 15, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 25, D., *de exc. rei iudicatæ* 44, 2. ..... « adversus exceptionem *si non eius sit res* replicatione hac adiuvabitur : *at si res iudicata non sit.* » – Fr. 4, § 32 D,., *de doli mali exceptione* 44, 4. *Voy.* sur l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, ci-dessus, § 120, notes 24 sqq., et ci-après, § 155, notes 15. 16.

[28] Cette règle se trouve exprimée de la manière la plus positive par Julien et par Ulpien dans le Fr. 9, § 4, D., *h. t.* Elle est de plus appliquée par analogie dans le Fr. 14, D., *qui potiores in pignore* 20, 4, ci-après, § 166, note 35. — Cependant un fragment de Nératius accorde la préférence dans tous les cas à celui à qui la tradition a été faite en premier lieu. Fr. 31, § 2, D., *emti* 19, 1 « ... Sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius apprehendit, hoc est, cui primum tradita est ». L'opinion de Julien et d'Ulpien semble mériter la préférence comme étant à la fois mieux motivée et d'une date plus récente. On a cherché à faire disparaître la contradiction, en entendant la décision de Nératius du cas où un possesseur dépossédé serait intervenu dans une action Publicienne intentée par un autre acheteur de bonne foi contre le tiers possesseur sans titre. Cet essai est certes fort ingénieux; mais il ne saurait être admis dans la législation romaine, qui ne connaît pas de pareille intervention dans une action revendicatoire engagée entre des personnes tierces. *Voy.* ci-dessus, § 120, note 9 et § 66, note 7.

D) Quant aux effets, l'action Publicienne est en tout analogue à la revendication [29].

Nous avons eu l'occasion de faire observer au commencement du paragraphe que le principe de l'action Publicienne, introduit d'abord pour la revendication, a été par la suite étendu aux autres droits réels. Bien qu'aucun texte ne le dise expressément, il est incontestable que ce principe peut être également appliqué à l'action négatoire.

Observation. L'action Publicienne est originairement fondée sur la fiction de l'usucapion accomplie. On a prétendu que le préteur Publicius avait également créé une fiction diamétralement opposée, d'après laquelle une usucapion accomplie était considérée comme n'ayant point eu lieu, et que, par suite, il y avait une seconde action Publicienne essentiellement différente de la nôtre, et qualifiée, par ce motif, de *Publiciana rescissoria* [30]. Cette opinion et la terminologie qu'elle consacre, en invoquant divers textes et surtout le Fr. 57, D., *mandati*, reposent sur un malentendu. L'action dont il s'agit dans ce fragment est tout simplement la Publicienne dont nous nous sommes occupé dans le paragraphe qui précède. Il est vrai que l'édit admet la fiction qui considère une usucapion accomplie comme n'ayant pas eu lieu et que l'action intentée en suite de cette fiction peut être qualifiée de *rescissoria;* mais c'est là tout simplement un cas de restitution en entier qui se présente dans toutes les hypothèses de restitution dans lesquelles on réunit les deux procédures qu'on a l'habitude de distinguer sous les noms de *iudicium rescindens* * et *iudicium restitutorium* [31]. Dans le Fr. 57, D., *cité* [32] la victime qui demande restitution intente la Publicienne pour obtenir la restitution de la chose, *rescissa usucapione;* le même résultat pourrait être poursuivi, suivant les circonstances, par la revendication ou par l'action confessoire, qui seraient alors également *rescisoires* [33]; dans d'autres hypothèses

[29] Fr. 7, § 8, D., *h. t.* « In Publiciana actione omnia eadem erunt, quæ et in rei vindicatione diximus ». — Si le Fr. 35, D., *de obl. et act.* 44, 7, dit : « Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur », ce délai d'un an se rapporte, non pas à la prescription de l'action Publicienne, mais au délai endéans lequel il fallait solliciter la restitution en entier. *Voy.* ci-dessus, § 73, note 8.

[30] *Voy.* ci-dessus, § 74, note 38.

[31] *Voy.* ci-dessus, § 73, notes 6 et 7.

[32] Fr. 57, D., *mandati* 17, 1. « Mandatum distrahendorum servorum, defuncto qui mandatum suscepit, intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi quod defunctus suæ curæ fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videre placuit; sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter (et non pas *non utiliter*, comme lisent le manuscrit de Florence et la Vulgate) acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oportet eum qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno ». Cf. de Savigny, *System*, t. VII, App. 19 (p. 292 sqq.) et Pellat sur le Fr. 14, D., *h. t.* (pages 572 et suivantes).

[33] La Publicienne est encore mentionnée comme rescisoire au Fr. 35, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7, ci-dessus, note 29. Mais les Fr. 1, § 1. Fr. 21, pr. Fr. 26, § 7. 8.Fr. 28, § 5. 6, D., *ex*

l'on agirait par des actions quelconques *rescissa emtione, rescissa stipulatione, rescissa capitis deminutione*, etc. [34].

COMMENT LA PROPRIÉTÉ SE PERD.

§ 123.

Le droit de propriété suppose comme condition essentielle une chose, soumise à notre volonté, conformément à la loi qui nous assure protection. Il est évident qu'il doit cesser dès que l'une de ces trois conditions vient à manquer. La propriété se perd donc :

I. Lorsque la chose périt ou est consommée [1]. Il en est de même quand elle se trouve dans une condition qui la rend inhabile à la propriété privée. Ainsi nous perdons le domaine du champ couvert par la mer, ou par un fleuve public, de l'endroit devenu religieux par l'enterrement d'un mort [2]. Par des motifs analogues, nous cessons d'avoir la propriété des animaux sauvages qui recouvrent leur liberté naturelle et des animaux apprivoisés qui perdent l'habitude du retour [3]. Enfin le butin repris par l'ennemi est perdu pour nous, en vertu du *ius postliminii* qui, dans ce cas, opère en faveur de l'ennemi [4].

II. Par notre volonté, soit que nous nous bornions à ne vouloir plus

quibus causis maiores 4, 6, et le Fr. 3, pr. § 1, D., *de eo per quem factum erit* 2, 10, accordent d'une manière générale la faculté d'agir *in rem rescissa usucapione;* la L. 3, C., *de restitut. militum* 2, 51, parle de *vindicare*, et la rédaction du § 5, I., *de actionibus* 4, 6, fait évidemment supposer une revendication rescisoire : « ... permittitur domino... intra annum, rescissa usucapione, eam (rem) petere, id est, ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id SUAM ESSE REM ».

[34] *Voy.* ci-dessus, § 73, note 6, ainsi que Fr. 9, § 4-6, D., *quod metus causa* 4, 2; Fr. 39, § 1. Fr. 45, § 1, D., *de minoribus* 4, 4 ; Fr. 39, pr. D., *de evictionibus* 21, 2 et *passim*.

[1] § 16, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 23, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4 et *passim.* — Rappelons ici 1° que la perte du droit de propriété, que nous pouvons subir par suite de spécification, accession (spécialement *inædificatio*), commixtion (particulièrement quand il s'agit d'argent monnayé) provient de ce que notre chose est censée périe ou consommée; 2° que cependant, dans certains cas, notre droit de propriété peut revivre. *Voy.* ci-dessus, § 99, note 6 ; § 102, note 4 et § 103, note 3.

[2] *A*) Fr. 23, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 1, § 7, D., *de fluminibus* 43, 12. — *B*) GAIUS, II, 4. 6. 7. — § 9, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Fr. 6, § 4. 5, D., *eodem* 1, 8. — Fr. 2-9. 34. 40. 41. 43. 44. 46, pr. D., *de religiosis* 11, 7. — Fr. 30, § 1, D., *de adq. poss.* 41, 2. — L. 2. 4. 9. 10, C., *de religiosis* 3, 44.

[3] § 12. 15, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 3, § 2. Fr. 4. Fr. 5, pr. § 4. 5. 6. Fr. 34, 58, D., *de adquir. rerum dom.* 41, 1. — Fr. 43, § 4 sqq. D., *de furtis* 47, 2.

[4] Arg. § 17, I., *de rer. div.* 2, 1. « Item ea, quæ ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt : adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, *si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt* ». — Cf. CIC., *pro Balbo*, 12. — C'est également par suite d'un *ius postliminii* que nous perdons la propriété des constructions que nous avons élevées dans la mer ou sur les bords de la mer et que la mer vient couvrir. *Voy.* ci-dessus, § 25, note 16, et Fr. 5, § 1. Fr. 6, pr. D., *de divisione rerum* 1, 8. — Fr. 14, D., *de adquir. rerum dominio* 41, 1.

être propriétaire, soit que nous ayons l'intention de transférer notre propriété à un autre. — Dans le premier cas, la chose que nous abandonnons devient *res nullius*, *res derelicta*, et peut être acquise par le premier venu [5]. — Le second cas constitue une aliénation. En général, toute personne capable de disposer de ses droits est également capable d'aliéner [6]. Cependant la loi a introduit quelques restrictions [7], particulièrement : *a*) Les choses litigieuses ne peuvent être aliénées [8]. *b*) Le mari ne peut aliéner l'immeuble qui lui a été donné en dot, *fundus dotalis* [9]. *c*) Les pupilles sont absolument incapables d'aliéner sans l'autorisation du tuteur [10]. *d*) La capacité des mineurs est restreinte sous plusieurs rapports [11]. Quand il s'agit de ces défenses, le mot aliénation doit être pris dans le sens le plus étendu : il désigne non-seulement le transfert de la propriété dans son entier, mais il comprend aussi tout démembrement quelconque, tel que la constitution d'un *ius in re*, particulièrement d'une servitude ou d'un droit d'hypothèque [12]. L'aliénation faite au mépris d'une défense légale ne transfère point la propriété; elle ne sert pas même de titre à l'usucapion ordinaire [13]. La défense d'aliéner imposée par convention ou par testament n'a pas pour effet d'annuler l'aliénation qui se fait contrairement à la défense; mais elle peut faire naître, s'il y a lieu, une action en dommages et intérêts à la charge de la personne à laquelle la défense a été imposée [14].

III. Lorsque la loi refuse de reconnaître notre pouvoir et de le protéger. Abstraction faite des dispositions exceptionnelles qui prononcent dans certains cas la perte de la propriété à titre de peine [15], nous avons à rappeler que la mort civile, *capitis deminutio magna*, qui nous prive de toute capacité civile, nous fait également perdre la propriété des choses que nous avons en notre pouvoir. La *capitis deminutio minima* produisait

[5] § 47. 48, I., *de rer. divis.* 2, 1. – Tit. D., *pro derelicto* 41, 7. – Cf. Fr. 2, § 8, D., *de lege Rhodia de iactu* 14, 2.

[6] Rappelons que l'aliénation peut se faire par représentant, et même contre notre volonté actuelle, en vertu d'un pouvoir donné antérieurement. Exemple : la vente faite par le créancier hypothécaire, § 1, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. *Voy.* ci-après, § 161.

[7] Gaius, II, 62. – Tit. I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 54, note 23.

[9] Pr. I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. *Voy.* ci-après, t. III, § 311, notes 29 sqq.

[10] § 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. *Voy.* ci-après, t. III, § 346.

[11] *Voy.* ci-après, t. III, § 356.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 33, notes 10 sqq. et L. ult. C., *de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca* 4, 51. Ajoutez Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Alienationis* verbum etiam *usucapionem* continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem ».

[13] L. 5, C., *de legibus* 1, 14. – *Voy.* ci-dessus, § 113, A, n° 5.

[14] *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. II, § 249, n° 1, et t. III, § 387.

[15] *Decretum divi Marci* et L. 7. 10, C., *unde vi* 8, 4 ci-dessus, § 40, note 4. — Les cas d'acquisition, cités ci-dessus, § 116, XI. XII. XIII.

autrefois le même effet, mais Justinien a introduit dans cette matière des modifications que nous exposerons plus tard [16]. Au reste, dans la plupart des cas appartenant à cet ordre d'idées, la perte de la propriété est une conséquence inévitable de ce que les biens de celui qui subit la diminution sont par la loi attribués à l'État ou à une autre personne. En effet, c'est un principe qui est de l'essence du droit de propriété, que la même chose ne peut appartenir en entier à deux personnes différentes. *Plures eamdem rem in solidum habere non possunt* [17]. De ce que la loi donne à un autre la propriété de notre chose, il résulte nécessairement que nous cessons d'en être propriétaire. Nous avons vu de nombreuses applications de cette règle quand nous avons traité de la spécification, de l'accession, de l'usucapion et des cas dans lesquels la propriété est transmise sans que la volonté du propriétaire y concoure [18]. — Mais il importe de faire observer que le droit de propriété ne s'éteint pas par le seul non-usage. Si, pendant trente ans ou plus, nous avons cessé d'avoir notre chose, la revendication que nous tenterions pour la reprendre pourra être repoussée par la *præscriptio longissimi temporis;* mais si notre adversaire n'a pas acquis la propriété par usucapion, sa prescription, extinctive du droit d'action, n'éteint point notre propriété [19]. Il peut se faire, à la vérité, qu'en fait ce droit reste inefficace à jamais; mais il peut aussi se présenter des circonstances dans lesquelles l'obstacle qui s'oppose à son efficacité ne se rencontre point [20], et dans ces cas nous pourrons faire valoir notre propriété, quelque long temps qu'ait duré le non-usage [21].

[16] *Voy.* ci-après, t. III, § 328, notes 34 sqq. § 332, notes 6. 7.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 94, n° 2.

[18] Par exemple, l'aliénation par le fisc d'une chose qui appartient à autrui, ci-dessus, § 106, note 2; les cas très-exceptionnels de propriété révocable. *Voy.* ci-dessus, § 94, n° 3, et ci-après, t. II, § 249, Observation.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 61, note 4 et § 115, note 10.

[20] Par exemple : 1° si, par un événement quelconque, nous recouvrons la possession de la chose; 2° si un tiers dépossède la personne qui nous avait victorieusement opposé la prescription et s'en empare lui-même; dès lors il y a une lésion nouvelle envers nous, qui fera naître une action nouvelle. *Voy.* la note suivante. Il en serait autrement si le nouveau possesseur était successeur du premier, c'est-à-dire, s'il avait obtenu la possession du consentement de notre ancien adversaire : dans ce cas, en effet, la nouvelle possession accéderait à la possession première. *Voy.* ci-dessus, § 59, note 15.

[21] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. « Quod si quis eam rem desierit possidere, cuius dominus... exceptione XXX vel XL annorum expulsus est, prædictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei præstari censemus : ut, siquidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti præsidio; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur : ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit... et memoratæ exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat. Sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino... ab iniusto detentatore eam vindicare, non obstante eo, quod prior possessor XXX vel XL annorum exceptione eum removerat, nisi ipse iniustus possessor XXX vel XL annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est ».

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES †.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 124.

Le mot *servitus* indique un rapport de soumission, une restriction de la liberté. Appliqué aux choses corporelles, il signifie que la propriété de ces choses est assujettie à certaines restrictions dont l'effet est de diminuer la liberté illimitée, qui est de la nature de ce droit. Le même mot sert aussi à désigner le droit de celui en faveur de qui ces restrictions sont établies. — Tout démembrement du droit de propriété constitue donc une servitude, et rien ne semble s'opposer à ce que ce nom soit appliqué d'une manière générale à tous les *iura in re* [1]. Cependant les Romains ont réservé la dénomination de servitude à une classe particulière de droits réels très-anciens, et ils emploient des termes particuliers pour désigner les autres catégories de *iura in re* plus ou moins analogues. La raison en est probablement qu'à l'époque où ces derniers droits furent créés, le système des anciennes servitudes était déjà trop développé pour qu'il fût possible d'y faire entrer des institutions nouvelles, d'autant plus que les servitudes présentaient une particularité qui ne se rencontre dans aucun autre droit réel, et qui consiste en ce qu'elles ne peuvent exister qu'en faveur d'une personne ou d'un fonds individuellement et invariablement déterminé.

Pour qu'il y ait servitude, il faut donc que l'exercice du droit de propriété ait été restreint par le démembrement de certains éléments contenus dans l'idée originaire de ce droit [2]. Pareil démembrement peut se faire de deux manières : 1° L'exercice de notre propriété peut être res-

† *Voy.* les Titt. I., *de servitutibus; de usufructu; de usu et habitatione*, II, 3. 4. 5. – Les divers Titt. D., *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, etc., VII, 1-9, s'occupent de l'usufruit et des autres servitudes personnelles, et les Titt. D., *de servitutibus*, etc., VIII, 1-6, des servitudes prédiales.—*Voy.* enfin les Titt. C., *de usufructu et habitatione et ministerio servorum; de servitutibus et aqua*, III, 33. 34.

[1] Dans le Fr. 86, § 4, D., *de legatis I* (30), le droit de superficie est, en effet, qualifié de *servitus*. Au Fr. 1, § 22, D., *de aquæ pluviæ arc. act.* 39, 3, le mot est employé dans un sens plus large encore.

[2] Une chose qui n'est grevée d'aucune servitude, et dont la propriété est libre et illimitée, est appelée *res optima maxima*. Cf. ci-dessus, § 95, note 10. — Ce terme est cependant encore employé dans d'autres sens. PAUL, III, 6, 45.

treint parce que nous n'avons pas le droit de faire tout ce que nous pourrions faire, si le *ius in re* n'existait pas : la restriction consiste à ne pas faire quelque chose, *non faciendo*. 2° L'exercice de notre propriété peut être limité en ce que nous devons souffrir qu'un autre fasse quelque chose que nous serions en droit d'empêcher, si le *ius in re* n'existait pas : la restriction consiste à souffrir quelque chose, *patiendo* [3].

On pourrait imaginer un troisième cas, savoir : que le propriétaire de la chose soumise serait tenu de faire quelque chose, c'est-à-dire que la charge imposée à la propriété consisterait *faciendo*. Mais une pareille soumission ne peut jamais donner lieu à un *ius in re : servitus faciendo consistere nequit* [4]. D'abord cette charge imposée au propriétaire ne serait ni une restriction ni un démembrement du droit de propriété. Ensuite, elle serait tout à fait incompatible avec l'idée du droit réel, qui existe abstraction faite de tout individu, autre que celui qui a le droit; or, l'obligation de faire quelque chose suppose toujours une personne déterminée à qui elle incombe : pareille obligation ne peut donc jamais être l'objet d'un droit réel [5].

La servitude est inhérente à la chose assujettie, et en constitue pour ainsi dire une qualité négative [6]. Le droit qu'elle donne est protégé par une *in rem actio*, appelée *confessoria*, parce qu'elle tend à faire reconnaître que le droit nous compète [7].

Avant d'examiner les diverses espèces de servitudes, exposons quelques principes généraux qui dérivent de la nature même de ces droits.

1° Comme la servitude est un démembrement du droit de propriété, elle n'est jamais présumée exister. Celui qui veut s'en prévaloir doit en prouver l'existence et l'étendue [8]. — 2° Personne ne peut avoir une ser-

[3] Fr. 15, § 1, D., *de servitutibus* 8, 1. « Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis.., sed ut aliquid patiatur aut non faciat ».

[4] Cet axiome n'est formellement énoncé en droit romain que pour les servitudes; mais il est vrai également pour les autres *iura in re*.

[5] Fr. 15, § 1, D., *de servitut.* 8, 1, cité à la note 3 précédente. — Fr. 58, § 1, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 6, § 2, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — Fr. 81, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 12, D., *de annuis legatis* 33, 1. — C'est pourquoi nous lisons dans le Fr. 6, § 2, D , *si servitus vindicetur* 8, 5. « ... Servitutem non hominem debere, sed rem ». Cf. Fr. 19, D., *quibus modis usufructus amittatur* 7, 4. — Nous aurons à expliquer, ci-après, § 133, n° 2, une exception apparente à cette règle, qui se rencontre dans la *servitus oneris ferendi*.

[6] Fr. 5, § 9, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. « ... Cum quis posteaquam *ius suum deminuit*, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem ædibus suis imposuit... » — Fr. 67, D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 20, § 1, D., *de adq. rerum dominio* 41, 1. — L. 2, C., *de usufructu* 3, 33. — *Voy.* ci-après, § 132, note 3 et § 144, n° 3.

[7] *Voy.* ci-après, § 136.

[8] Fr. 9. 14. 19, pr. Fr. 20, § 4. 5, D., *de servit. prædiorum urbanorum* 8, 2. — Fr. 16, D., *de servit. præd. rusticorum* 8, 3. — Fr. 8, § 5. 6. Fr. 17, § 2, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — L. 4. 6. 8. 9. 11, C., *de servitutibus* 3, 34. — C'est par le même motif que l'étendue des servitudes doit toujours être interprétée étroitement. Cf. ci-dessus, § 95, note 8.

vitude sur sa propre chose. *Nulli res sua servit* [9]. — 3° La servitude étant un démembrement du droit de propriété en faveur d'une personne ou d'un fonds individuellement déterminés [10], l'on ne peut établir des servitudes sur un droit de servitude. *Servitus servitutis esse non potest* [11]. — 4° Toute servitude doit procurer un avantage à celui en faveur de qui elle est établie [12]. — 5° Le propriétaire de la chose assujettie ne peut rien faire qui tende à empêcher l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode [13]. De son côté, celui qui a le droit de servitude doit en user de la manière la moins onéreuse pour la chose grevée, *civiliter* [14]. — 6° Les servitudes sont indivisibles [15]. En effet, l'objet de la servitude est

[9] Fr. 26, D., *de servit. prædiorum urbanorum* 8, 2. « Nulli... res sua servit ». – Fr. 33, § 1, D., *de servit. prædiorum rusticorum* 8, 3. « Nullum prædium ipsum sibi servire... » – Fr. 78, D., *de iure dotium* 23, 3. Aussi le propriétaire ne peut-il se servir des actions propres aux servitudes, à l'effet d'obtenir protection pour l'exercice des pouvoirs contenus dans son droit de propriété, quand même le pouvoir dont il s'agit serait susceptible d'être érigé en servitude. Fr. 5, pr. D., *si ususfr. petetur* 7, 6. « *Uti frui ius sibi esse*, solus potest intendere qui habet usumfructum ; dominus autem fundi non potest : quia, qui habet proprietatem utendi fruendi *ius separatum* non habet. *Nec enim potest ei suus fundus servire...* » Cf. Fr. 63, D., *de usufructu* 7, 1. — *Voy.* cependant ci-après, § 144, note 13.

[10] C'est pour la même raison que les servitudes sont inaliénables. *Voy.* ci-après, § 126, note 20; § 132, notes 2. 3 et § 144, note 2.

[11] Fr. 1, D., *de usu et usufructu per legatum datis* 33, 2. « Servitus servitutis esse non potest ». – Fr. 33, § 1, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. — Cette règle n'exclut cependant point la possibilité d'accorder à quelqu'un la jouissance temporaire des avantages que peut procurer l'exercice d'une servitude qui nous appartient. *Voy.* les passages cités et § 126, note 19.

[12] Fr. 15, pr. D., *de servitutibus* 8, 1. « Quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti : ne per fundum tuum eas aut ibi consistas ». *Voy.* pour la portée de ce principe, ci-après, § 132, n° 1.

[13] Fr. 7, § 1, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 17, pr. § 1. Fr. 20, § 6, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. – Fr. 13, § 1, *de serv. præd. rust.* 8, 3. – L. 8, C., *h. t.* 3, 34. — Il en résulte que le propriétaire de la chose assujettie doit souffrir tout ce qui est nécessaire pour l'exercice de la servitude, y compris les travaux de réparation que le titulaire de la servitude aura besoin de faire (Fr. 10, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 20, § 1, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. – Fr. 3, § 3. Fr. 14, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – E. 11, D., *comm. præd.* 8, 4. – Fr. 3, § 16. Fr. 4. pr. D., *de itinere actuque privato* 43, 19), et qu'il ne peut établir de servitudes nouvelles qui empêcheraient l'usage d'une servitude déjà existante. Fr. 14, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. Fr. 15, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 8, D., *de aquæ pluv. arcendæ actione* 39, 3. Cf. Fr. 15, § 7. Fr. 16, D., *de usufructu* 7, 1, et ci-après, § 126, note 5.

[14] Fr. 9, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 20, § 1, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. – Fr. 13, § 1. 3. Fr. 24. 29, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 13, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 4, § 1. Fr. 5, § 1, D., *de itinere* 43, 19. – Fr. 3, § 5, D., *de aqua* 43, 20.

[15] Pomponii *fragmentum*. « Et servitutes dividi non possunt : nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat ». – Fr. 19, D., *de usu et habitat.* 7, 8. – Fr. 17, D., *de servitut.* 8, 1. – Fr. 6, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 6, § 4, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. – Fr. 7, D., *de servitute legata* 33, 3. – Fr. 14, § 1, D., *de alimentis legatis* 34, 1. – Fr. 1, § 9. Fr. 7. 80, § 1, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. – Fr. 2, § 1. Fr. 72, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. – Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Il s'ensuit qu'on ne peut *acquérir*, ni *exercer*, ni *perdre* une servitude *partiellement*. De cette règle découlent des conséquences très-importantes que nous exposerons quand nous traiterons de l'acquisition et de l'extinction des servitudes (ci-après, §§ 140. 144. 145). Quant à l'influence de l'indivisibilité sur

de souffrir ou de ne pas faire quelque chose; et l'on ne saurait évidemment diviser ces deux manifestations de soumission [16]. D'autre part, le droit de servitude implique activement une manifestation quelconque de l'usage de la chose assujettie; or, l'usage d'une chose n'admet pas davantage l'idée de la divisibilité [17]. Sous ce dernier rapport, cependant, l'usufruit diffère des autres servitudes, comme nous le verrons ci-après; c'est pourquoi l'on a considéré exceptionnellement ce droit comme divisible [18].

Les Romains divisent les servitudes en *servitutes prædiorum* ou *rerum* et *servitutes personarum* ou *hominum*, selon que le droit est accordé en faveur d'un fonds ou d'une personne [19]. Celles-ci sont inhérentes à un individu comme tel, et elles supposent cette individualité comme un élément essentiel. Les *servitutes prædiorum*, à la vérité, compètent aussi à une personne (car tous les droits exigent comme sujet une personne); mais elles diffèrent des servitudes personnelles, en ce qu'elles sont inhérentes, non pas à tel individu, mais à la qualité de propriétaire de tel fonds déterminé. Les *servitutes prædiorum* sont aussi appelées *iura prædiorum* ou *servitutes* par excellence [20].

DES SERVITUDES PERSONNELLES.

§ 125. *Observations générales.*

Il y a servitude personnelle toutes les fois que l'usage d'une chose a été accordé comme droit réel à une personne déterminée autre que le propriétaire. Ce droit, comme nous l'avons dit dans le paragraphe

l'exercice des servitudes, nous renvoyons aux passages suivants : Fr. 4, § 2. Fr. 5. 7, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 5, § 5. Fr. 25, § 5. Fr. 25, D., *de servit. prædiorum rustic.* 8, 3. – Fr. 4, § 3. 4. Fr. 6, § 4. Fr. 19, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. – Fr. 19, § 4, D., *communi dividundo* 10, 3. – Fr. 5, pr. D., *de aqua quotidiana* 43, 20. - Fr. 1, § 5, D., *de arboribus cædendis* 43, 27. *Voy.* aussi ci-après, § 136, notes 4. 9 et § 137, note 7.

[16] Il ne viendra à l'esprit de personne de dire qu'une maison qui ne peut être élevée au delà d'une hauteur de vingt pieds soit deux fois plus assujettie que celle qui peut être élevée jusqu'à la hauteur de quarante pieds. Un chemin qui ne conduit que jusqu'au milieu d'un fonds n'est ni un passage, ni un demi-passage : il n'a rien du *passage*. *Voy.* aussi, sur la notion de l'indivisibilité, ci-après, t. II, § 192.

[17] *Voy.* ci-après, § 129.

[18] *Voy.* ci-après, § 126, notes 18-20.

[19] Fr. 1. 15, pr. D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 4. 20 in f. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 8, § 3, D., *de liberatione legata* 34, 3 et *passim*. — Les commentateurs ont créé beaucoup d'autres divisions, tout au moins superflues. Ainsi ils appellent *servitudes affirmatives* celles qui consistent *patiendo*, et *negatives* celles qui consistent *non faciendo*. Ils distinguent encore *servitutes continuæ* et *discontinuæ* (ci-après, § 142, Obs.), *servitutes regulares* et *irregulares* (*voy.* § 125, note 4); enfin ils parlent de *servitutes qualificatæ* (ci-après, § 133, note 3).

[20] § 3, I., *de rebus corporalibus et incorporalibus* 2, 2. – Fr. 1. 15, pr. D., *de servitutibus* 8, 1 et *passim*. — Le livre VII du Digeste traite spécialement des *servitutes personarum*, tandis que le livre VIII est consacré aux *servitutes prædiorum*.

précédent, est inhérent à l'individualité du titulaire et s'éteint avec elle [1].

L'utilité qu'une chose peut offrir se manifeste, d'après les idées romaines, de deux manières : par le simple usage de la chose et par la perception des fruits qu'elle peut produire. Quand notre jouissance réunit ces deux éléments, elle est appelée *usus et fructus, ususfructus*. Mais le simple usage d'une chose peut également être constitué comme droit réel séparé, *usus*. L'usufruit et l'usage étaient donc les servitudes personnelles régulières, consacrées par le *ius civile* et soumises à des règles certaines qui dérivaient de la loi ou de la jurisprudence [2]. Si, en dehors de ces formes régulières, on voulait concéder des droits d'usage plus ou moins étendus, le caractère de ces droits dépendait, dans chaque espèce, de l'intention particulière des constituants [3]. La jurisprudence finit cependant par créer des catégories pour les cas qui se présentaient le plus fréquemment. C'est ainsi que déjà du temps de Julien et de Gaius le droit d'habiter la maison d'autrui, *habitatio*, et l'usage des travaux d'un esclave étranger, *operæ servorum*, apparaissent comme des espèces particulières de servitudes personnelles. D'autres cas de concession d'usage partiel d'une chose, s'il s'en présente, doivent être jugés d'après les conditions particulières de l'octroi, lesquelles, au reste, ne peuvent naturellement être en contradiction avec les règles fondamentales de la matière [4].

[1] *Voy.* ci-après, § 144, n° 4.

[2] CICÉRON encore ne paraît avoir connu que l'usufruit. Dans son discours *pro Cæcina* 4, 7 et *topica* 3, il mentionne *ususfructus servi, ancillarum, ædium, fundi, omnium bonorum. Voy.* aussi ci-après, § 128, note 1.

[3] C'est ce que les jurisconsultes expriment en disant que de pareilles servitudes *in facto potius quam in iure consistunt*. Fr. 10, D., *de capite minutis* 4, 5. Cette distinction n'était pas sans quelque importance pratique, même pour les droits qui furent par la suite considérés comme constituant des catégories régulières de servitudes personnelles. *Voy.* ci-après, §§ 129. 130.

[4] Nos sources ne mentionnent que quelques exemples de pareilles servitudes personnelles, qu'on pourrait, à l'instar des contrats, appeler *innomées*. Fr. 32, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 21, D., *de usu* 7, 8. – Fr. 4. 5, pr. Fr. 6, pr. D., *de servitut. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 37, D., *eodem.* « LUCIUS TITIUS GAIO SEIO FRATRI S. P. *De aqua fluente in fontem, quem pater meus in Isthmo instruxit, do concedoque tibi gratuito digitum, sive ad domum, quam in Isthmo tenes, sive quocumque tandem volueris.* Quæro, an hac scriptura usus aquæ etiam ad heredes Gaii Seii pertineat? Paulus respondit, usum aquæ personalem ad heredem Seii, quasi usuarii, transmitti non oportere ». – Fr. 39, § 4, D., *de legatis I* (30). – Fr. 6, D., *de servitute legata* 33, 3. – Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1. – Fr. 1, § 43, D., *de aqua quotidiana et æstiva* 43, 20. – Cf. Fr. 1. 15, § 1, D., *de usu et usufr. leg.* 33, 2 ; Fr. § 4, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Une phrase du Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1, qui semble exiger, pour la validité d'une pareille servitude, l'existence d'un fonds voisin, a engagé plusieurs commentateurs à créer une prétendue catégorie de *servitutes personarum irregulares**, qui, de leur nature, seraient des servitudes prédiales et soumises aux règles générales de ces servitudes, tout en étant susceptibles d'être constituées en faveur d'une individualité déterminée. Mais les divers textes que nous avons cités ci-dessus prouvent l'inanité de cette hypothèse. Toute servitude constituée en faveur d'une individualité déterminée est une servitude personnelle, soumise aux règles propres à cette catégorie de servitudes. Le passage du Fr. 14, § 3, D., *cité*, est, à la vérité, incompatible avec ce que nous venons de dire; mais ce texte est évidemment altéré, et dès lors il est bien permis d'y faire

§ 126. *De l'usufruit* †. — *Nature de ce droit.*

L'usufruit, *ususfructus*, est un *ius in re*, en vertu duquel nous pouvons user de la chose d'autrui et en tirer les fruits, sans en altérer la substance [1]. Il se compose donc de deux éléments : du droit d'user de la chose assujettie, *usus*, et du droit d'en percevoir les fruits, *fructus* [2]. — Celui à qui pareil droit est accordé s'appelle *usufructuarius* ou *fructuarius* [3]. Par opposition, le maître de la chose sujette à l'usufruit se nomme *proprietarius* ou *dominus proprietatis*, de même que son droit est appelé *proprietas* par excellence, ou *nuda proprietas* [4].

L'usufruitier peut user de la chose de la manière la plus étendue [5],

la correction suivante, qui donne un sens parfait : « Nam et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus; personæ tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur ». Cf. ci-après, t. III, § 432.

† *Vaticana fragmenta, de usufructu*, 41-93. — Tit. I., *de usufructu* 2, 4. — Tit. D., *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7, 1, ainsi que les autres titres du Livre VII[e]. — Tit. C., *de usufructu et habitatione et ministerio servorum* 3, 33.

[1] Fr. 1, D., *h. t.* — § 1, I., *eodem.* « *Ususfructus* est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia ». — Quelques commentateurs traduisent les mots : *salva rerum substantia*, par *tant que dure la substance;* mais cette traduction, qui aurait d'ailleurs l'inconvénient de rendre la définition extrêmement triviale, ne semble pouvoir être admise en présence d'un passage d'ULPIEN, XXIV, 26. « Ususfructus legari potest... earum rerum, quarum *salva substantia utendi fruendi potest esse facultas...*

[2] Ces deux élements peuvent être séparés. Nous savons, en effet, qu'il existe une servitude personnelle qui ne comprend que le *ius utendi, usus,* et dont nous aurons à nous occuper ci-après, § 129. Le *fructus* aussi peut exister comme droit séparé (Fr. 14, § 3, D., *de usu* 7, 8. Cf. Fr. 18, D., *eodem.* Fr. 5, § 2, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9. Cf. Fr. 13, § 3, D., *de acceptilatione* 46, 4); mais la chose ne se présentera pas souvent, car de fait il est rarement possible de FRUI sans user. PAUL, III, 6, 24. Fr. 42, pr. D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 14, § 1, D., *de usu* 7, 8. — Il importe, au reste, de faire observer que la terminologie des Romains n'est pas, en fait, aussi rigoureuse que nous la donnons. D'une part, UTI se dit parfois de celui qui a le droit de tirer les fruits; d'autre part, FRUI s'emploie dans les acceptions les plus variées, souvent pour désigner simplement tout avantage matériel qu'une chose peut nous donner. *Collatio legum mosaicarum*, XII, 7, 10. — Fr. 64, D., *de rei vind.* 6, 1, ci-dessus, § 119, note 27. — Fr. 33, § 1, D., *de serv. præd. rust.* 8. 3, ci-après, § 140, note 18.

[3] Comme on ne peut guère *frui* sans *uti*, les mots *fructus* et *fructuarius* disent de fait autant que *ususfructus, usufructuarius. Voy.* la note précédente.

[4] GAIUS, II, 30. — § 3. 4, I., *h. t.* et *passim.* — Souvent aussi le droit d'usufruit est particulièrement désigné par le mot *ius* en opposition à la propriété, *res* ou *res corporalis. Voy.* ce que nous avons dit sur la terminologie des droits réels, ci-dessus, § 93, note 9.

[5] Particulièrement son droit d'usage et de jouissance n'est point limité par ses besoins personnels, § 1, I., *de usu* 2, 5. — Fr. 9, in f. Fr. 12, § 2. Fr. 15, § 4. 5. Fr. 28. 41, pr. D., *h. t.* — Nous rappellerons ici ce que nous avons dit ci-dessus, § 124, n° 5, savoir que le nu propriétaire ne peut rien faire qui empêche l'usage du droit d'usufruit. Fr. 7, § 1. Fr. 17, pr. D., *h. t.* Cf. Fr. 1, § 2. 4, D., *si ususfructus petetur* 7, 6. — Une disposition positive, dont il est plus que difficile de donner le motif, défend au propriétaire d'établir, sur le fonds sujet à l'usufruit, des servitudes qui restreignent l'exercice de l'usufruit, quand même l'usufruitier y consentirait. Fr. 15, § 7 Fr. 16, D., *h. t.*

pourvu que l'usage qu'il en fait soit conforme à la destination de la chose et que la substance ne subisse point des altérations essentielles [6]. Le droit s'exerce sur la chose comme sur les accessoires [7]. Il s'en suit que l'usufruitier d'un fonds peut exercer les servitudes attachées à ce fonds [8]. — L'usufruitier a le droit de percevoir tous les fruits naturels ou civils [9]. Mais il peut se présenter des doutes sur la question de savoir si tel produit de la chose assujettie doit être considéré comme fruit. Les lois romaines contiennent à cet égard plusieurs décisions parmi lesquelles nous distinguons les suivantes.

L'usufruit d'un esclave donne droit à tout ce qui provient des travaux de l'esclave ou des biens que l'usufruitier lui a confiés [10]. Les enfants d'une esclave sont attribués au propriétaire et non pas à l'usufruitier [11]. — Si l'usufruit comprend des bois, les droits de l'usufruitier sont en général déterminés par la nature et par la destination du fonds. Ainsi il peut disposer des arbres d'une pépinière, mais à charge de les remplacer [12]. Dans les bois taillis, il peut faire des coupes à sa convenance, pourvu qu'il ne détériore point le fonds [13]. Dans les autres bois, les arbres qui meurent sont à sa disposition, mais à charge de les remplacer : il peut y prendre

[6] Fr. 7 in f. Fr. 8. 13, § 4-8. Fr. 15, § 1. 44. 61, D., *h. t.* — *Voy.* aussi ci-après, note 21.

[7] Fr. 9, § 1. 4. 6. 7. Fr. 15, § 6, D., *h. t.* — Il a aussi l'usufruit de l'alluvion; mais il va sans dire qu'il n'en a pas la propriété. Paul, III, 6, 22. Des dispositions positives lui refusent l'usufruit de l'île qui se forme dans le fleuve. Fr. 9, § 4, D., *h. t.*

[8] Fr. 1, pr. D., *si ususfructus petetur* 7, 6.

[9] *Vaticana fragm.* 44. — § 36. 37, I., *de rerum divisione* 2, 1. — Fr. 29, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. — Fr. 7, pr. § 1. Fr. 9, pr. Fr. 13, § 5. Fr. 27, pr. § 1. Fr. 68, D., *h. t.* — Fr. 28, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 59, § 1, D., *h. t.* « Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet. Pensiones quoque iam antea locatorum agrorum... » — Cf. Fr. 29, D., *de hereditatis petitione* 5, 3. — Fr. 36, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 39, § 1, D., *de legatis I* (30). — Grâce au sens élastique du mot *fructus*, le produit de la chasse peut être considérée comme un émolument qui revient à l'usufruitier. Fr. 62, pr. D., *h. t.* Aussi l'usufruitier (mais également le *dominus*) qui ont été privés de la jouissance du fonds, peuvent-ils, le cas échéant, faire entrer dans l'indemnité à réclamer de ce chef, le produit qu'ils auraient pu tirer de la chasse. Fr. 26, D., *de usuris* 22, 1.

[10] Gaius, II, 91. « Quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirunt ». — Ulpien, XIX, 21. — § 4, I., *per quas pers. nob. adquir.* 2, 9. — Fr. 10, § 3, D., *de adquir. rer. dom.* 41, 1. *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 334.

[11] § 37, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 27, pr. D., *de hered. petit.* 5, 3. « Ancillarum etiam partus et partuum partus... fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ eius rei causæ comparantur, ut pariant... » Fr. 28, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — *Voy.* aussi Fr. 68, pr. D., *h. t.* — Fr. 22, § 3, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. — Fr. 48, 6, D., *de furtis* 47, 2. — Au reste la question était encore controversée du temps de Cicéron. Cic., *de finibus*, I, 4.

[12] Fr. 9, § 6, D., *hoc titulo.*

[13] *Sylva cædua.* Fr. 9, § 7, *verb.* Nisi forte. — Fr. 10. 48, § 1. Fr. 59, § 2, D., *h. t.* Cf. Fr. 30, pr. D., *de verborum signif.* 50, 16. — La restriction du Fr. 9, § 7 initio, D., *h. t.* « ... puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat... » se rapporte, non pas au taillis qui existe sur le fonds soumis à l'usufruit, mais au bois que, dans l'espèce dont il s'agit, l'usufruitier avait le droit de prendre, pour l'utilité de ce fonds, dans un autre champ « ager, unde palo in fundum, cuius ususfructus legatus est, solebat paterfamilias (testator) uti... »

—

également des branches et des échalas pour ses vignes, mais il n'a pas le droit de couper les arbres de haute futaie [14]. Cette dernière restriction disparaîtrait cependant si une forêt de haute futaie était l'unique ou au moins le principal objet de l'usufruit. Dans ce cas, en effet, il profiterait des coupes selon l'aménagement de l'exploitation [15]. — L'usufruitier jouit des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de son droit. Il ne peut en ouvrir de nouvelles, à moins que la nouvelle exploitation n'ait pour effet de rendre la substance plus productive [16].

L'usufruitier acquiert la propriété des fruits par la prise de possession, *perceptio*. Il s'ensuit, entre autres choses, que les fruits non perçus au moment de la cessation de l'usufruit reviennent au propriétaire [17].

L'usufruit impliquant l'usage de la chose sujette au droit est, comme les autres servitudes, de sa nature indivisible [18]. Cependant, comme l'indivisibilité amène des complications qui empêchent fréquemment les droits de produire leurs effets naturels et que dans ces cas il est désirable de paralyser les résultats de ces complications, les Romains ont cru pouvoir considérer l'usufruit comme divisible [19], par la raison que le *fructus*,

[14] Fr. 10. 11. 12, pr. Fr. 18. 19, § 1, D., *h. t.* – Fr. 7, § 12, D., *de usu et habit.* 7, 8.

[15] Fr. 22, pr. D., *de usu et habitatione* 7, 8.

[16] Fr. 9, § 2. 3, D., *h. t.* – Fr. 13, § 5. 6, D., *eodem.* « 5. Inde est quæsitum : an lapidicinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti et sulphuris et æris et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturæ nocebit. Et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis, vel arbustis vel olivetis quæ fuerunt, forsitan etiam hæc deiicere poterit, *siquidem ei permittitur, meliorare proprietatem* ». Ces derniers mots doivent se traduire « puisque, en général, il lui est permis d'améliorer le fonds ». Il ne faut cependant pas perdre de vue que cette permission est toujours restreinte par la défense de faire de la chose assujettie un usage contraire à sa destination. *Voy.* ci-dessus, note 6.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 108, notes 10 sqq. et § 36, I., *de rer. div.* 2, 1; Fr. 48, pr. D , *de adq. rer. dom.* 41, 1. La propriété du croît des animaux est acquise à l'usufruitier par la simple séparation. § 37, I., *de rer. div.* 2, 1; Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1. — Il est à remarquer que l'usufruitier a droit aux fruits à partir du moment où l'usufruit commence. *Vaticana fragm.* 44. « Fructus ex fundo, per vindicationem pure relicto, post aditam hereditatem a legatario (ususfructus) perceptos ad ipsum pertinere : colonum autem cum herede ex conducto habere actionem ». – Fr. 27, pr. D., *hoc titulo.* « ... Nam *et stantes* fructus ad fructuarium pertinent... » Fr. 59, § 1, D., *eodem.* – Fr. 120, § 2, D., *de legatis I* (30). De même, son droit de les percevoir cesse au moment où l'usufruit s'éteint. Il en résulte que les fruits acquis à cette époque appartiennent à ses héritiers, tandis que ceux non encore acquis appartiennent au nu propriétaire. Fr. 78, D., *de rei vindicatione* 6, 1; Fr. 12, § 5. Fr. 48, § 1, D., *h. t.* Fr. 13, D., *quibus modus ususfr. amittatur* 7, 4. – Fr. 8, D., *de annuis legatis* 33, 1; Fr. 42, D., *de usu et usufr. legatis* 33, 2. Quand le fonds sujet à l'usufruit est donné en location, les héritiers auront droit au prix de ferme, si la récolte a été faite avant la cessation de l'usufruit. Fr. 58, pr. D., *h. t.*; Fr. 9, § 1, D., *locati* 19, 1.— Si des *fruits civils* sont l'objet d'un usufruit, il faut admettre qu'ils s'acquièrent jour par jour, c'est-à-dire que l'usufruitier peut en réclamer la quotité proportionnée à la durée de son droit. Fr. 25, § 2. Fr. 26, D., *h. t.*

[18] *Voy.* ci-dessus, § 124, nº 6.

[19] Fr. 5. 49. 50, D., *h. t.* – Fr. 14. 25, D., *quibus modis ususfr. amittatur* 7, 4. – Fr. 5, § 2,

c'est-à-dire le but pratique du droit, est régulièrement susceptible de division [20].

L'exercice du droit, d'usufruit est toujours restreint par la défense d'altérer la substance de la chose : l'usufruitier doit en jouir en bon père de famille [21]. Il peut exercer lui-même son droit ou en céder l'exercice à un autre [22]; mais il ne peut point céder le droit même, car le droit est inhérent à son individualité [23]. S'il le fait malgré cette défense, fondée dans la nature des choses, la cession est nulle et ne produit aucun effet [24].

§ 127. *Des charges et obligations de l'usufruitier.*

Comme l'usufruitier a tous les avantages de la chose, il est tenu des

D., *si ususfr. petetur* 7, 6. — Fr. 19, D., *de usu* 7, 8. — Fr. 1, § 9. Fr. 81, pr. D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4. — Cf. Fr. 7, § 10, D., *communi dividundo* 10, 3. — Nous rencontrerons le même procédé dans les obligations indivisibles. Cf. t. II, 192.

[20] Nous aurons à revenir sur la divisibilité de l'usufruit quand nous traiterons des legs, t. III, § 432, B. et § 444.

[21] *Voy.* le paragraphe suivant, note 3.

[22] *Vaticana fragm.* 41. — § 1, I., *de usu* 2, 5. — Fr. 12, § 2. Fr. 13, § 8. Fr. 38. 39. 40. 67, D., *h. t.* — Fr. 8, § 2, D., *de periculo* 18, 6. — Fr. 11, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1, ci-après, § 155, note 20. — Fr. 66, D., *de iure dotium* 23, 3; Fr. 57, D., *soluto matrimonio* 24, 3, et t. III, § 311, note 6; § 313, notes 21. 22. — Mais *voy.* Fr. 15, § 4. 5, D., *h. t.* — Il peut paraître inutile de faire observer que les baux et autres dispositions faites par l'usufruitier sont pour le nu propriétaire *res inter alios acta* et que, par suite, après la cessation de l'usufruit, celui-ci n'est point tenu de les respecter, comme d'autre part il ne peut les invoquer en sa faveur. Fr. 58, pr. Fr. 59, § 1, D., *h. t.*, et ci-après, t. II, § 217, n° 7. Cf. *Vaticana fragm.* 44, transcrit ci-dessus, note 17.

[23] § 3, I., *h. t.* — § 1 in f. I., *de usu et habitatione* 2, 5. — Fr. 15, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 10, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3. — Fr. 66, D., *de iure dotium* 23, 3. — L 13, C., *h. t.* 3, 33. — Quand il y a doute sur la question de savoir si les parties ont entendu faire cession du droit même ou seulement de l'exercice, on doit naturellement se prononcer en faveur de cette dernière interprétation. Fr. 8, § 2, D., *de periculo* 18, 6. Cf. ci-dessus, § 57, notes 4. 7. 10.

[24] Cette question paraît avoir été controversée en ce sens, que quelques jurisconsultes pensaient que pareille cession avait pour effet d'éteindre le droit d'usufruit. Fr. 66, D., *de iure dotium* 23, 3. « Si extraneo cedatur..., nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. » Pomponius, à qui le Digeste a emprunté ce fragment, avait bien certainement parlé de la *in iure cessio* qui, à la vérité, d'après l'opinion de plusieurs jurisconsultes opérait extinction du droit dans le chef du cédant, alors même que, pour une raison quelconque, elle n'avait pas pour effet de transférer le droit à celui qui figurait dans l'opération comme acquéreur (Gaius, II, 35. 36. — Ulpien, I, 18. XI, 7. XIX, 12-15. Cf. *Vatic. fragm.* 75). Mais dans le droit nouveau, où la *in iure cessio* est disparue, cette interprétation rigoureuse est inadmissible ; on la rejetait même dans l'ancien droit quand une cession se faisait autrement qu'*in iure* (Ulpien, I, 18. — Paul, IV, 12, 1. — Dosith. *fragm. de manumissionibus*, 12). Aussi Justinien déclare-t-il formellement (comme au reste l'avait déjà fait Gaius, II, 30. « Alii vero in iure cedendo, nihilominus ius suum retinet : creditur enim ea cessione nihil agi) que pareille cession est tout simplement nulle et sans effet. *Voy.* § 3, I., *h. t.* « Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur : *nam cedendo extraneo nihil agit...* » et Théophile *ad h. l.* Le maintien du Fr. 66, D., cité au commencement de notre note est donc une négligence de la part des compilateurs du Digeste.

charges et des impôts qui pèsent sur elle [1]. Par le même motif, il doit faire les réparations d'entretien; mais il n'est pas tenu de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit [2].

Il doit user de la chose en bon père de famille, et il est responsable de toutes les détériorations qu'il a causées par sa faute [3].

A la fin de l'usufruit, il est tenu de restituer la chose dans l'état où elle était quand il l'a reçue [4]; cependant, il ne répond pas des dommages qu'elle a pu éprouver sans qu'il y ait eu faute de sa part [5]. Si l'usufruit est établi sur un troupeau, l'usufruitier doit remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui meurent, a moins que le troupeau ne périsse en entier par cas fortuit. Les mêmes règles s'appliquent à l'usufruit constitué sur une pépinière, un verger, un vignoble [6].

Ces obligations découlent de la nature de l'usufruit; mais le droit prétorien impose en outre à l'usufruitier le devoir de prendre l'engagement exprès de les exécuter et de confirmer cet engagement en fournissant satisdation, *cautio fructuaria* [7]. Tant que la caution n'a pas été fournie, le propriétaire peut refuser de mettre la chose à la disposition de l'usufruitier [8].

[1] Fr. 7, § 2. Fr. 27, § 3. Fr. 52, D., *h. t.* 7, 1. – Fr. 28, D., *de usu et usufr. per legatum datis* 33, 2.

[2] Fr. 7, § 2. 3, D., *h. t.* – L. 7, C., *eodem* 3, 63. — Il peut s'affranchir des réparations en abandonnant l'usufruit. Fr. 28, pr. Fr. 64, D., *eodem*.

[3] *A*) Fr. 9 in f. Fr. 13, § 4-8. Fr. 15, § 1. 5. Fr. 27, § 1. 2, D., *h. t.* et *passim*. — *B*) § 38, I., *de rer. div.* 2, 1. – Fr. 9, pr. § 2. 6. 7. Fr. 10. 11. 12. Fr. 13, § 2. Fr. 15, § 2. 6. Fr. 18. Fr. 65, pr. Fr. 68, § 2. Fr. 69. 70, D., *h. t.* – Fr. 1, pr. § 3. 7. Fr. 2. Fr. 9, § 3, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9. – Si par sa négligence la chose est usucapée par un tiers, l'usufruitier en est responsable envers le propriétaire. Fr. 7, § 2, D., *h. t.* – Fr. 1 in f. D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9. Il est également responsable des servitudes qu'il laisse périr par non-usage. Fr. 15, § 7, D., *h. t.* *Voy.* ci-après, § 145.

[4] Il est évident que sa responsabilité ne va pas plus loin et que, par conséquent, il a le droit d'enlever les constructions, etc., qu'il a pu faire sur le fonds usufruitier. Il n'y a aucune raison de refuser à l'usufruitier ce droit qui résulte de la nature des choses et qui est accordé au possesseur de bonne foi (lequel pourtant n'avait aucun droit de disposer de la chose possédée) et même au locataire. Fr. 19, § 4, D., *locati* 19, 2. Le Fr. 15, pr. D., *h. t.*, paraît, à la vérité, contraire; mais la solution qu'il renferme a évidemment un caractère exceptionnel, fondé sur les considérations qui dominent la matière de l'*inædificatio* et ont inspiré les sénatusconsultes Hosidien et Volusien. *Voy.* ci-dessus, § 102 B, et § 95, note 21. On a donc tort d'invoquer ledit fragment à propos de l'article 599 du Code Napoléon, pour refuser à l'usufruitier le droit d'enlever les constructions qu'il a pu faire.

[5] Fr. 1, pr. § 7. Fr. 9. § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9.

[6] § 38, I., *de rerum divisione* 2, 1. – Fr. 7, § 3. Fr. 9, § 6. Fr. 18. Fr. 59, pr. Fr. 62, § 1. Fr. 68 in f. 69. 70, D., *h. t.*

[7] *Voy.* ci-dessus, § 70, note 24 et PAUL, III, 6, 27. – Fr. 1, pr. D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9. « Si cuius rei ususfructus legatus sit, æquissimum prætori visum est de utroque legatarium cavere : *et usurum se boni viri arbitratu et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit* ». – Fr. 1, § 6. Fr. 5, pr. D., *eodem*. « Huic stipulationi dolum malum abesse abfuturumque esse continetur... » – Fr. 13, pr. § 1, D., *h. t.* – L. 4. C., *eodem*. *Voy.*, en général, tit. D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9.

[8] Fr. 13, pr. D., *h. t.* – Fr. 24, pr. D., *de usu usufr. legatis* 33, 2. — Si l'usufruitier se

Dans certains cas exceptionnels, la loi dispense l'usufruitier de la caution [9]. —Le propriétaire a naturellement le droit de renoncer à cette garantie [10]. Une constitution d'Alexandre Sévère défend cependant au testateur de dispenser de la caution la personne à laquelle il laisse l'usufruit d'une chose [11].

§ 128. *Du quasi-usufruit* †.

L'usufruit étant un droit réel qui donne la faculté de jouir d'une chose sans en altérer la substance, il est évident qu'il ne peut être établi sur des choses qui se consomment ou qui se détériorent par l'usage [1]. Ce principe était encore incontesté du temps de Cicéron [2]. Cependant il a dû s'effacer après que la loi Julia et Papia Poppæa eût restreint les libéralités à cause de mort entre époux, au moins en partie, au simple usufruit d'une quote-part des biens de l'époux prédécédé [3]. Car une succession peut comprendre des choses qui se consomment ou qui se détériorent par l'usage, et, dans ce cas, l'application sévère du principe indiqué aurait eu pour effet de priver l'époux survivant des avantages que la loi semblait lui garantir. C'est probablement cette considération qui donna lieu à la réforme législative dont nous allons parler. — Un sénatus-consulte

trouve avoir la chose en son pouvoir, le nu propriétaire peut se servir d'une *in factum actio* à l'effet d'obtenir la caution due (*omissam cautionem posse condici incerti condictione*. Fr. 5, § 1, D., *de usufr. earum rerum* 7, 5 ; Fr. 7, pr. in f. D., *usufr. quemadm. caveat* 7, 9). Il peut aussi revendiquer la chose. Fr. 7, pr. Fr. 12, D., *usufr. quemadm. caveat* 7, 9. C'est là probablement le célèbre UNUS CASUS du § 2, I., *de actionibus* 4, 6. *Voy.* ci-dessus, § 118, OBSERVATION 2. — L'emploi abusif que l'usufruitier ferait de la chose peut, en outre, donner lieu à une action pénale. Fr. 13, § 2. Fr. 15, § 3. Fr. 66, D., *h. t.*

[9] Fr. 1, § 18, D., *si cui plus* 34, 4. – L. 8, § 4, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — *Voy.* aussi Fr. 7. Fr. 9, § 2, D., *usufr. quemadm. caveat* 7. 9.

[10] Arg. Fr. 46, D., *de pactis* 2, 14.

[11] L. 7, C., *ut in possess. legatorum servand.* 6, 54. – L. 1, C., *h. t.* – Cf. JULIEN, Fr. 6, pr. D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4, et PAPINIEN, Fr. 8, D., *de usufr. earum rerum* 7, 5. — Le motif de cette défense est sans doute dans la loi *Iulia et Papia Poppæa* qui restreignait le droit de succession de certaines personnes au simple usufruit. Or, si le testateur avait pu dispenser de la caution, il lui aurait été facile d'éluder cette restriction, en donnant de fait à l'usufruitier la libre disposition de la chose sans garantie aucune pour le nu propriétaire.

† Tit. D., *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur* 7, 5. — Rappelons que le mot ABUTI signifie habituellement : « consommer par l'usage ». Ci-dessus, § 94, note 2.

[1] § 2, I., *de usufr.* 2, 4. « Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in... ceteris rebus, exceptis quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum... » – GAIUS, II, 32. – ULPIEN, XXIV, 27 « ... Rerum quæ in abusu continentur ». – Cf. CIC., *topica*, 3. – Fr. 2. 3, § 1, D., *de usufructu* 7, 1.

[2] CICÉRON, *topica*, 3 (4). « Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, *cellis vinariis et oleariis plenis relictis*, putare id ad se pertinere. *Usus enim, non abusus legatus est :* ea sunt inter se contraria ». Le contraire ne résulte aucunement de CIC., *pro Cæcina*, 4. — Une trace de l'ancien principe se trouve encore au Fr. 5, D., *h. t.*

[3] *Voy.* ci-dessus, nº 17.

des premiers temps de l'empire [4] statua qu'on peut léguer l'usufruit de toutes choses quelconques qui se trouvent dans un patrimoine, et détermina en même temps le mode d'exécution de pareils legs [5]. Le principe une fois admis, on l'appliqua aux différents cas qui pouvaient se présenter, même aux choses incorporelles, et particulièrement aux capitaux [6]. Ainsi l'on créa, comme disent Gaius et Justinien, non pas un vrai usufruit de ces choses [7] (cela était impossible), mais une espèce d'usufruit au moyen d'une caution à fournir par l'usufruitier [8].

En effet, ce quasi-usufruit diffère essentiellement du véritable usufruit. Le quasi-usufruitier devient propriétaire des choses sujettes à l'usufruit [9], et en cette qualité il a droit de les consommer à la charge d'en rendre, à la fin de l'usufruit, pareilles quantité, qualité et valeur, ou le prix de leur estimation [10]. Cette restitution est garantie par la caution que le quasi-usufruitier doit fournir [11]. Le propriétaire ne conserve aucun droit réel sur l'objet du quasi-usufruit; il n'a qu'un droit d'obligation qui tend à obtenir restitution d'une valeur égale à la fin de l'usufruit et dont l'efficacité lui est assurée par la caution [12]. — Le quasi-usufruit est donc de sa

[4] Il ne peut être postérieur à Nerva et à Sabinus, contemporains d'Auguste et de Tibère. Fr. 3. 5, § 1, D., *h. t.*

[5] ULPIEN, XXIV, 27. – § 2, I., *de usufructu* 2, 4. – Fr. 1, D., *h. t.* « Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, *quæ usu tolluntur vel minuuntur,* possit ususfructus legari ». – Fr. 2, § 1, D., *eodem.*

[6] Fr. 3. 4, D., *eodem.* — Dès lors rien ne s'opposait plus à ce qu'on léguât l'usufruit de tous ses biens ou d'une quote-part de tous ses biens, *ususfructus bonorum.* Fr. 5, pr. D., *eodem.* – Fr. 24, pr. Fr. 37. 43, D., *de usu et usufr. per leg. datis* 33, 2. – L. 35, § 5, C., *de donat.* 8, 54.– Cf. ci-après, t. III, § 432, B.

[7] *Res quæ usu consumuntur vel minuuntur, quæ usu tolluntur vel minuuntur.* — *Ususfructus rerum quæ in abusu consistunt.* Fr. 5, § 1. D., *de usufr. earum rerum* 7, 5.

[8] GAIUS, Fr. 2. D., *eodem.* « Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniæ ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit : sed remedio (*scil.* cautionis) introducto, cœpit quasi ususfructus haberi ». – § 2, I., *de usufructu* 2, 4. — *Voy.* aussi PAUL, *Vaticana fragm.* 46 à la note suivante.

[9] *Vaticana fragm.* 46. « ... Pecuniæ quoque ususfructus legatus per annum non utendo (non amittitur); quia nec ususfructus est, et pecuniæ dominium fructuarii, non heredis est ». – § 2, I., *de usufructu* 2, 4. – Fr. 2. 7, D., *h. t.* — Si l'objet de l'usufruit est un capital d'argent à charge d'un tiers débiteur, l'usufruitier a le droit d'en demander le remboursement et de disposer de l'argent remboursé. Fr. 24, pr. D., *de usu et usufr. legatis* 33, 2. – L. 1, C., *de usufructu* 3, 33. Si le capital est dû par l'usufruitier même, il en résulte qu'il n'est tenu de le rembourser qu'à la fin de l'usufruit et qu'il n'en doit point d'intérêts. Fr. 3. 4, D., *h. t.*, 7, 5.

[10] § 2, I., *de usufructu* 2, 4. – Fr. 7, D., *h. t.* « Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut æstimatis rebus certæ pecuniæ nomine cavendum est; quod et commodius est. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quæ abusu continentur, intelligemus ».

[11] § 2, I., *de usufructu* 2, 4. – Fr. 5. 7, D., *h. t.*

[12] § 2, I., *cité.* – Fr. 2, pr. 5. § 1. Fr. 7. 9. 10. pr. Fr. 11, D., *h. t.* – Fr. 7, § 1, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9.

nature une variété du prêt de consommation, *mutuum*, avec caution [13].

Nous trouvons dans nos sources une controverse sur la question de savoir si l'usufruit qui comprend du linge, des habillements, etc., doit être considéré comme véritable usufruit ou comme quasi-usufruit; en d'autres termes, si, à la fin de son droit, l'usufruitier peut rendre les habillements dans l'état où ils se trouvent sans qu'il y ait faute de sa part, ou s'il doit en rendre de pareilles quantité, qualité et valeur [14]. Il paraît que ce rapport de droit était considéré comme véritable usufruit, à moins qu'il n'eût été expressément constitué comme usufruit d'une quantité de choses [15].

§ 129. *De l'usage*, usus.

L'usufruit se compose de deux éléments : le droit d'user de la chose, *ius utendi*, et celui d'en tirer les fruits, *ius fruendi*. Quand le premier de ces éléments est érigé en droit séparé, on l'appelle droit d'usage, *usus*. L'usager, *usuarius*, peut retirer de la chose toute l'utilité qu'elle donne sans en prendre aucun produit [1]. Telle est la nature originaire de l'institution dont nous avons à parler. Mais cette idée a été étendue par la pratique et par la jurisprudence. Il était d'autant plus nécessaire d'agir ainsi, que le droit d'usage est ordinairement constitué par testament, et que les actes de ce genre sont fréquemment rédigés d'une manière plus ou moins inexacte. Or, comme les Romains cherchaient autant que possible à maintenir les dispositions de dernière volonté, il fallait bien y appliquer une interprétation un peu large, dans les cas où l'on n'aurait obtenu qu'un résultat illusoire en prenant les expressions du testateur dans le sens littéral [2]. Toutefois, ces extensions se faisaient avec la plus grande réserve, et on ne se laissait point entraîner au delà de ce qui était nécessaire.

Ainsi, quand la chose sujette au droit était susceptible de procurer un

[13] Il y a, à la vérité, certaines différences entre le quasi-usufruit et le prêt de consommation *ordinaire*. Ainsi le quasi-usufruit s'éteint d'une autre manière que le *mutuum*; le *mutuum* peut porter intérêt; dans le *mutuum* il ne faut pas de caution, etc. Mais aucune des particularités du quasi-usufruit n'est contraire à l'essence du prêt de consommation.

[14] Les Fr. 15, § 4. 5, D., *de usufr.* 7, 1; Fr. 9, § 3, D., *usufruct. quemadm. caveat* 7, 9. (Arg. § 5, I., *de loc. et cond.* 3, 24, et Fr. 68, § 1, D., *soluto matrimonio* 23, 3), décident pour le *verus ususfructus*. Par contre le § 2, I., *de usufructu* 2, 4, le qualifie de quasi-usufruit.

[15] Fr. 15, § 4, D., *de usufructu* 7, 1. « ... Si *vestimentorum* ususfructus legatus sit, non sic ut *quantitatis* ususfructus legetur ».

† Tit. I., *de usu et habitatione* 2, 5. — Tit. D., *eodem* 7, 8.

[1] Fr. 2, pr. D., *h. t.* « Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest ». — Fr. 1, § 1. D., *eodem*. « Nudus usus, id est, sine fructu ». — Fr. 12, pr. § 1. 3, D., *eodem*. « Plenum usum. ... Omnem usum ».

[2] Fr. 4. 12, § 2. 4, D., *h. t.* — Fr. 12, D., *de regulis iuris* 50, 17. « In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur ». *Voy.* aussi ci-après, t. III, § 389, note 5.

avantage réel par le seul usage, on refusait à l'usager le droit d'en tirer des fruits [3]. Mais quand le simple usage ne procurait point de bénéfice, ou n'en procurait que trop peu, on y ajoutait quelques avantages qui tenaient de la nature du *fructus*, afin de ne pas ôter tout effet au droit de servitude. C'est ainsi que l'usager d'un troupeau, qui n'aurait à la rigueur que le droit de s'en servir pour fumer son champ, obtient la faveur d'en prendre un peu de lait. De même l'usager d'un fonds peut prendre des légumes, des fruits, du foin, du bois, mais seulement pour son usage journalier [4]. — Dans ces cas, l'usage empiète par nécessité sur l'usufruit. Dans d'autres hypothèses, il se confond naturellement avec ce droit, au moins dans sa manifestation extérieure. Ainsi l'usage d'un bois taillis implique nécessairement les mêmes dispositions que l'usufruit, et pour donner un sens à l'usage des choses de consommation, il a bien fallu y appliquer les règles du quasi-usufruit [5].

L'usage est de sa nature indivisible et ne peut se faire que par la personne même à laquelle il est accordé [6]. Cependant il est permis à l'usager d'y faire participer sa famille [7]. Au cas que la maison sujette à la servitude soit trop grande pour lui, il a même le droit de louer la partie qu'il ne peut habiter [8]. Enfin quand l'usage d'une chose consiste précisément à la donner en location, il va sans dire que l'usager a le droit d'en user de cette manière et de profiter du loyer qu'elle procure [9].

Les obligations de l'usager sont en général analogues à celles de l'usufruitier, particulièrement en ce qui concerne la restitution de la chose et la caution à fournir de ce chef [10]. Toutefois, il n'est tenu des réparations d'entretien qu'en tant que son usage prive le propriétaire de tout produit [11].

[3] § 2, I., *h. t.* « Item is, qui ædium usum habet, hactenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest ». — § 5, I., *eodem*. — Fr. 10, § 2. Fr. 12, § 3. 4, D., *h. t.* — *Voy.* ci-après notes 6 et 7.

[4] § 3. 4, I., *h. t.* — Fr. 12, § 1. 2. Fr. 15, pr. Fr. 16, pr. D., *eodem*.

[5] Fr. 22, pr. D., *h. t.* « Divus Hadrianus, cum quibusdam usus sylvæ legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri : quia, nisi liceret legatariis cædere sylvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato ». — Fr. 5, § 2. Fr. 10, § 1, D., *de usufr. earum rerum quæ usu consumuntur* 7, 5.

[6] Cf. ci-dessus, § 124, nº 6. — § 1. 2. 3, I., *h. t.* — Fr. 8, pr. Fr. 11. 12, § 6. Fr. 21, D., *eodem*. — Fr. 19, D., *eodem* « Usus pars legari non potest : nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus ».

[7] § 1, I., *h. t.* — Fr. 2, § 1. Fr. 4, § 1. Fr. 9. 12, § 5. Fr. 22, § 1, D., *eodem*.

[8] Fr. 2, § 1. Fr. 4, pr. D., *hoc titulo*.

[9] Fr. 12, § 4, D., *h. t.* « ... Si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum circensibus his usurum, quia quasi locare eos videtur ; sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitæ, reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse ». — Fr. 12, § 6, D., *eodem*.

[10] Fr. 15, in f. D., *h. t.* — Fr. 13, § 2, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 10, § 1, D., *de usufr. earum rerum* 7, 5. — Fr. 5, § 1. Fr. 11, D., *usufruct. quemadmodum caveat* 7, 9.

[11] Fr. 18, D., *h. t.* « Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat (c'est-à-dire, si,

§ 130. *De l'habitation* †.

Justinien donne le caractère de servitude personnelle au droit d'habitation, accordé par legs ou par une disposition quelconque à cause de mort ou entre-vifs. Il y avait eu parmi les anciens grande controverse sur l'étendue de ce droit [1]. En général, il était considéré, quant à ses effets, comme une espèce d'usage. Justinien l'a rapproché de l'usufruit, en accordant à celui qui en jouit la faculté d'habiter par lui-même ou de louer l'habitation à un autre. Mais il ne lui est pas permis de la céder à titre gratuit [2], probablement par la raison que l'on envisageait l'habitation comme une espèce d'aumône. Cette considération explique peut-être aussi la particularité que le droit d'habitation constitué par donation entre-vifs peut être révoqué par les héritiers du donateur [3]. — L'habitation offre encore ceci de remarquable, qu'elle ne s'éteint pas, comme l'usufruit et l'usage, par le non-exercice et par la *capitis deminutio* [4]. — Au reste, l'habitation entraîne également l'obligation de fournir caution [5].

§ 131. *Des travaux des esclaves.* Operæ servorum †.

Un titre du Digeste range parmi les servitudes personnelles le droit de jouir des travaux de l'esclave d'un autre [1]. Ce droit donne à peu près les avantages qui résultent de l'usufruit d'un esclave; mais il présente la même particularité que l'habitation, de ne s'éteindre ni par le non-usage, ni par la *capitis deminutio* [2]. Un fragment du Digeste semble

outre l'usage pour l'usager, il reste des produits au propriétaire), ipse reficere debeat; si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est. Quæ distinctio rationem habet ».

† Tit. I., *de usu et habitatione* 2, 5. – Tit. D., *eodem* 7, 8. – Tit. C., *de usufructu et habitatione et ministerio servorum* 3, 33.

[1] Fr. 8. pr. Fr. 10, pr. § 2, D., *h. t.* – L. 12, C., *eodem.*

[2] § 5, I., *h. t.* – L. 13, C., *eodem.* — Pour l'ancien droit, *voy.* Fr. 10, § 3, D., *eodem.*

[3] Fr. 27. 32, D., *de donationibus* 39, 5. – Fr. 8, § 1, D., *de transactionibus* 2, 15. – Fr. 6. 23, D., *de alimentis legatis* 34, 1.

[4] *Vaticana fragm.* 43. « Habitatio morte finitur... » – Fr. 10, D., *de capite minutis* 4, 5. « ... Si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat : videlicet, quia tale legatum in facto potius quam in iure consistit ». – Fr. 10, pr. D., *h. t.*

[5] Fr. 5, § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9.

† Tit. D., *de operis servorum* 7, 7. – Tit. C., *de usufructu et ministerio servorum* 3, 33.

[1] Fr. 2, D., *de usu et usufr. per legatum datis* 33, 2. — Il entraîne également, comme l'usufruit, l'obligation de fournir caution (Fr 8, § 3, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9); mais il est indivisible. Fr. 1, § 9, D., *ad leg. Falcidiam* 35, 2.

[2] Fr. 2, D., *h. t.* – Fr. 2, D., *de usu et usufr. legatis* 33, 2 à la note suivante. – Fr. 5, § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9.

même dire qu'il ne cesse pas par la mort de celui à qui il est accordé [3].

Un passage d'Ulpien mentionne comme un droit analogue les *operæ animalium* [4].

DES SERVITUDES PRÉDIALES †.

§ 132. *Observations générales.*

On appelle *servitutes prædiorum* les restrictions apportées à l'exercice de la propriété d'un héritage en faveur d'un autre héritage. Toute servitude prédiale suppose deux immeubles : l'un qui en est grevé, *prædium servum* ou *serviens*, l'autre en faveur duquel elle est établie, *prædium dominans** [1]. Elle est inhérente au fonds, et non pas à la personne qui l'exerce actuellement ; en d'autres termes, elle compète à quiconque est propriétaire du fonds dominant, mais aussi elle ne lui compète qu'en cette qualité. C'est pour ainsi dire, une extension du droit de propriété du fonds dominant, une qualité juridique de ce fonds [2]. Aussi ne peut-elle être cédée ou aliénée séparément, et l'aliénation du fonds implique l'aliénation du droit de servitude [3]. — Le nombre de ces servitudes est illimité. On peut en établir de toutes espèces, pourvu qu'on observe les principes

[3] Fr. 2, D., *de usu et usufructu legatis* 33, 2. « Hominis operæ legatæ capitis deminutione vel non utendo non amittuntur.......... Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit ». Comme cette particularité serait absolument incompatible avec la nature des servitudes personnelles, il paraît préférable d'entendre la phrase finale du texte cité, non pas de la transmission de la *servitus operarum* acquise par le légataire, mais de la transmission du legs aux héritiers du légataire au cas que celui-ci vienne à mourir avant l'ouverture du droit au legs. Cf. ci-après, [t. III, § 420. *Voy.* M. NAMUR, *Cours d'Institutes,* t. I, p. 236. Cette interprétation sauve le principe ; mais, au point de vue pratique, l'avantage accordé aux héritiers sera bien mince.

[4] Fr. 5, § 3, *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9.

† Tit. I., *de servitutibus* 2, 3. – Tit. D., *de servitutibus* 8, 1, ainsi que les titres suivants du livre huitième. – Tit. C., *de servitutibus et aqua* 3, 34.

[1] § 3, I., *de servitutibus* 2, 3. – Fr. 1, § 1. Fr. 6. 12, D., *communia prædiorum tam urbanorum quam rusticorum* 8, 4. – Fr. 21, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2. – Fr. 23, § 2, 3, D., *de servit. prædiorum rusticorum* 8, 3. « Si fundus serviens, vel is cui servitus debetur... ». – Fr. 20, § 1, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1.

[2] Fr. 86, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Quid aliud sunt iura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? » – Fr. 12, D., *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6. « ... fundus enim qualiter se habens... » – Fr. 5, § 9, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. « ... Cum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, postea quam servitutem ædibus suis imposuit... » — Par contre le fonds assujetti est considéré comme étant juridiquement détérioré ou affecté d'un défaut. Fr. 126, D., *de verb. signif.* 50, 16. « .... Ius fundi per dominum deterius factum... » – Fr. 5, § 9, D., *de operis novi nunt.* cité ci-dessus. *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 213, OBSERVATION 1.

[3] Il est inutile de rappeler que la servitude inhère de la même manière au fonds assujetti. *Voy.* ci-dessus § 124, note 5, ainsi que la note précédente, et Fr. 23, § 2. Fr. 36, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 1, § 1. Fr. 12, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 47. 67, D., *de contrah. emtione* 18, 1. – Fr. 44, D., *locati* 19, 2. – Fr 20, § 1, D., *de adq. rerum dom.* 41, 1. — Nous aurons à nous occuper plus loin, § 155, note 24, du Fr. 11, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1, qui s'écarte de ces principes.

généraux en matière de servitudes. Cependant, il y a encore quelques règles particulières aux servitudes prédiales, dont voici l'exposé succinct.

1° La servitude doit assurer un avantage réel au fonds dominant [4]. Pareil avantage peut parfois résulter de faits ou de circonstances qui ne font qu'augmenter l'agrément du fonds, pourvu que cet agrément soit tel, qu'il rende meilleure la condition du fonds même [5]. — 2° Il faut que les deux fonds soient voisins, *vicina,* c'est-à-dire que leur position topographique permette l'exercice de la servitude en faveur du fonds dominant [6]; mais il n'est pas nécessaire que les fonds se touchent [7]. — 3° On exige qu'il y ait *causa perpetua*, c'est-à-dire que l'état des choses soit tel, que l'exercice de la servitude puisse avoir lieu en tout temps, sans qu'il soit besoin du concours d'aucun élément extrinsèque. Il n'y a donc pas *causa perpetua* quand l'usage même de la servitude peut avoir pour effet d'en rendre impossible la continuation [8], ou que l'exercice du droit dépend d'un fait placé dans la volonté d'une personne autre que le titulaire [9].

[4] Fr. 8, pr. Fr. 15, pr. Fr. 19, D., *de servit.* 8. 1. — Il s'ensuit que l'étendue du droit ne peut excéder les besoins du fonds dominant. Fr. 3, pr. Fr. 5, § 1. Fr. 6. 24. 29, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. Cf. Fr. 33, § 1, D., *eodem.*

[5] Fr. 3. 15. 16, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2. – Fr. 6, § 1, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 8, § 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. « ... ut supra ea tigna porticum ambulatorium facere liceat... » — Fr. 3, pr. D., *de aqua quotidiana* 43, 20. « ... Amœnitatis causa aquam ducere... » – Les Fr. 8, pr. Fr. 19, D., *de servit.* 8, 1, ne sont point contraires à cette règle, si on les interprète raisonnablement et *pro subiecta materia.*

[6] Fr. 14, § 2, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 38. 39, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. – Fr. 5, § 1, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 12, D., *de pignor.* 20, 1. — *Voy.* aussi ci-après, § 231.

[7] Fr. 6, pr. D., *communia præd.* 8, 4 « .... Parvique refert, vicinæ sint ambæ ædes, an non ». Des exemples se trouvent: Fr. 1, pr. D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. – Fr. 38, D., *de serv. præd. rust.* 8. 3, ci-après, note 9. – Fr. 7, § 1, D., *comm. præd.* 8, 4. – Fr. 4, § 8. Fr. 5. 6, D., *si servit. vind.* 8, 5. – Fr. 8, pr. D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1. – Fr. 17, § 2. 3, D., *de aqua pluviæ arc. act.* 39, 3. — Fr. 14, § 2, D., *de serv.* 8, 1. – Fr. 31, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 18, § 1, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. *Voy.* aussi ci-après, § 145, note 12.

[8] Fr. 28, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. « Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest ». — Fr. un. § 4, D., *de fonte* 43, 22. « ... Cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam : ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit; cisternæ autem imbribus concipiuntur ». — Fr. 1, § 5, D., *de aqua quotid.* 43, 20. « ... Nulla enim alia aqua duci potest, nisi quæ perennis est ». — Il en est de même d'un lac qui n'est pas *perpetuus,* c'est-à-dire qui ne s'alimente pas par des sources : on ne pourrait y établir une *servitus navigandi.* Cf. Fr. 23, § 1, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3.

[9] Fr. 28, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. « Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat : *neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit.* At, quod ex cœlo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent : et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet ». — Le principe qui domine cette question est, dans ce passage, exprimé pratiquement par les mots : « neque enim perpetuam causam habet *quod manu fit,* » c'est-à-dire, « ce qui exige le fait ou le concours d'une personne autre que le titulaire du droit ». C'est par le même motif que la qualité de *vicinus* est refusée au fonds qui est séparé du

Cette règle, rigoureusement suivie dans l'origine, finit, à la vérité, par être appliquée d'une manière assez large [10] ; cependant le principe fut toujours maintenu, et il devait l'être, car il est conforme à la nature des servitudes [11]. — 4° Enfin, on ne peut établir de servitudes prédiales sous condition ou avec terme. On ne peut davantage faire dépendre d'une condition ou d'un terme l'extinction d'une servitude ; cependant si pareille modification était ajoutée à l'acte de constitution, elle donnerait lieu à une exception personnelle, *exceptio pacti* ou *doli*, contre celui qui voudrait exercer la servitude contrairement à la clause qu'il a consentie [12]. Cette particularité doit sans doute son origine à l'ancien droit, d'après lequel les servitudes prédiales ne pouvaient être constituées entre vifs que par *mancipatio* ou *in iure cessio* [13].

Les servitudes prédiales se divisent en *servitutes prædiorum urbanorum* et *servitutes prædiorum rusticorum* [14]. On entend ici par *prædium rusticum* tout terrain libre, sans bâtiment, et destiné à l'exploitation agricole ; et par *prædium urbanum,* tout bâtiment, ou emplacement couvert de bâtiments, y compris les terrains enclavés, pourvu qu'ils ne servent pas à l'agriculture [15]. Quoiqu'il soit important sous plusieurs rapports de pré-

nôtre par une rivière non guéable ou sans pont (Fr. 38, D., *de S. P. R.* 8. 3 où nous proposons de lire vers la fin : *flumen,* ET *quo* au lieu de *flumen,* IN *quo*), et que l'on doutait de la validité d'une servitude qui consisterait à tirer l'eau de la rivière d'autrui au moyen d'une roue placée dans cette rivière ou bien à la tirer du réservoir d'autrui, *ex castello.* Fr. 2, D., *communia prædiorum* 8, 4. « De aqua *per rotam* tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem *castello* imposuerit, quidam dubitaverunt... »

[10] PAUL, Fr. 9, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. « Servitus aquæ ducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte (Fr. 1, § 8, D., *de aqua* 43, 20) constitui non potest : *hodie tamen ex quocunque loco* (scil. *idoneo) constitui solet* ». — Fr. 23, § 1, D., *eodem.* — Fr. 2, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 1. § 5, D., *de aqua* 43, 20. — Fr. 1, § 4, D., *de fonte* 43, 21.

[11] Ainsi l'on pourrait dire que les servitudes *arenæ fodiendæ, lapidis eximendi,* etc. (ci-après, § 134, n° 6) n'ont pas *perpetuam causam,* puisque toute carrière est susceptible d'être épuisée. Mais, pratiquement parlant, cet argument est sans valeur ; car, comme l'étendue de ces servitudes *rurales* est déterminé par les besoins du fonds dominant, il est certain que l'exercice du droit n'amènera jamais l'épuisement. Mais il est également certain que le *ius arenæ fodiendæ* que je constituerais sur une prairie, accidentellement ensablée par suite d'une inondation, manquerait de *causa perpetua* et n'aurait rien de sérieux comme servitude.

[12] Fr. 4, pr. D., *de servitutibus* 8. 1. — Fr. 56, § 4 in f. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Il s'agit, bien entendu, ici de conditions expresses. *Voy.* ci-dessus, § 36, note 1, et Fr. 23, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2. « Futuro quoque ædificio, quod nondum est vel imponi vel adquiri servitus potest ». — Fr. 10, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Cf. Fr. 7, § 1. D., *communia prædiorum* 8, 4.

[13] *Voy.* ci-dessus. § 32, notes 11 sqq., et ci-après, § 139, notes 3. 4. C'est probablement par le même motif que la question avait été autrefois controversée à l'égard de l'usufruit. *Vaticana fragm.* 48-52. — Fr. 16, § 2, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 6, D., *de usu et usufr. legatis* 33, 2. — L. 12, pr. C., *de usufructu* 3, 33. — Fr. 98, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 5, D., *de servitute legata* 33, 3.

[14] Dans le Fr. 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5, nous trouvons les expressions : *servitutes rusticæ, urbanæ.*

[15] Fr. 198. 211, D., *de verb. sign.* 50, 16. — Pr. § 1, I., *de servit.* 2, 3. — Fr. 1, pr. D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 3, D., *de servit.* 8, 1. « Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt ».

ciser la division que nous venons d'indiquer [16], nous n'en trouvons cependant aucune définition satisfaisante dans nos sources. Il est probable que, dans l'origine, c'était la nature du fonds dominant qui donnait à la servitude la qualité *urbaine* ou *rurale* [17]; mais on ne tarda pas à découvrir que chacune de ces deux catégories offre des particularités qui paraissent inhérentes à la nature du droit à exercer. Ainsi l'exercice de toutes les servitudes rurales suppose un fait actuel de la part de celui qui a le droit [18], ou, comme disent les auteurs modernes, il donne un *ius faciendi* [19]. Par contre, les servitudes urbaines consistent plutôt dans le droit d'avoir des ouvrages extérieurs et de jouir de l'état de choses qui en résulte, *ius habendi*, ou de défendre au voisin de disposer de sa propriété de telle manière déterminée, *ius prohibendi* [20]. C'est surtout par cette considération que les jurisconsultes paraissent s'être laissé guider, dans la classification des servitudes d'après les deux catégories indiquées [21], tout en conservant les anciens noms, comme cela se rencontre dans beaucoup d'autres institutions romaines [22].

[16] Cette distinction est, en effet, importante pour la quasi-possession des droits de servitude, § 135; pour l'établissement des servitudes, au moins dans l'ancien droit, § 139, note 2; pour l'extinction des servitudes, §§ 144. 145; enfin, pour la question de savoir si une servitude peut être l'objet d'un droit de gage ou d'hypothèque, § 155, n° 2.

[17] Arg. Fr. 13, pr. D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 1, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. *Voy.* aussi § 3, I., *de servit.* 2, 3, et THÉOPHILE *ad h. l.*

[18] On ne saurait, en effet, cultiver sans agir, sans travailler, tandis qu'on peut jouir d'une habitation en ne faisant rien.

[19] *Voy.* l'énumération des servitudes rurales, ci-après, § 134. La servitude d'aqueduc ne fait pas exception; car ce n'est pas le droit d'*avoir* un aqueduc, mais celui de *tirer* (*ducere*) de l'eau. C'est pourquoi, dans le Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2, Ulpien range parmi les servitudes urbaines le cas où *per domum quis suam passus est aquæductum transduci,* c'est-à-dire : où nous avons le droit d'*avoir,* dans la maison d'autrui, les tuyaux de conduite par lesquels nous *tirons* l'eau d'un autre fonds grevé de la servitude rurale *aquæductus.*

[20] *Voy.* l'énumération des servitudes urbaines au paragraphe suivant. Il est, à la vérité, un passage de Nératius, le Fr. 2, pr. D. *de S. P. R.* 8, 3, qui paraît incompatible avec notre hypothèse; mais il l'est autant avec toute autre. Parmi les divers essais d'interprétation de ce texte qui ont été tentés, nous adopterions, en désespoir de cause, celui qui lui attribue le sens suivant : « Peuvent aussi être établies en faveur d'un fonds rural les servitudes *altius tollendi,* etc. »

[21] Du moins, c'est à l'aide de cette hypothèse que s'expliquent la plupart des différentes pratiques qui existent entre ces deux espèces de servitudes, notamment en ce qui concerne la quasi-possession des servitudes, les interdits accordés pour la protection de cette possession, la perte par prescription, etc. — On comprend, au reste, que, dans le système que nous avons adopté, nous ne saurions admettre qu'une servitude urbaine appliquée à un fonds rural puisse être soumise aux règles des servitudes rurales et *vice versâ.* Plusieurs exemples appartenant à cet ordre d'idées se rencontrent dans nos sources (Fr. 20, § 1, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2, combiné avec Fr. 1, § 1, D., *de itinere* 43, 19. – Fr. 2, pr. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3, ci-dessus, note 20. – Fr. 1, § 11, D., *de aqua* 43, 20. Cf. Fr. 17, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 7, § 1. Fr. 14, D., *comm. præd.* 8, 4. – Fr. 1, § 8, D., *de cloacis* 43, 23). Les jurisconsultes modernes ont l'habitude de les qualifier de *servitutes prædiorum irregulares* *. *Voy.* ci-dessus, § 125, note 4.

[22] Exemples : *Actiones perpetuæ,* ci-dessus, § 56. – *Interdicta,* ci-dessus, § 71, note 30 sqq.— *Fœnus unciarium,* ci-après, t. II, § 181. – *Pacta,* ci-après, § 207, etc.

§ 133. *Des servitudes urbaines* †.

Les lois romaines énumèrent plusieurs espèces de servitudes urbaines dont voici l'explication sommaire.

1° *Ius tigni immittendi,* le droit de faire reposer des poutres ou d'autres matériaux de construction dans le mur du voisin [1]. — 2° *Servitus oneris ferendi,* le droit de faire reposer des constructions quelconques sur le bâtiment du voisin. Cette servitude a ceci de remarquable que le propriétaire du fonds assujetti doit tenir en bon état le bâtiment sur lequel reposent les constructions du fonds dominant [2]. Il est difficile d'expliquer le motif de cette particularité [3], qui a engagé les commentateurs à donner à notre droit le nom de *servitus qualificata* [4]. — 3° *Ius proiiciendi* ou *protegendi,* le droit d'avoir des balcons ou d'autres saillies sur la propriété du voisin [5]. — 4° *Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi, avertendi* ou *immittendi,* droit en vertu duquel le propriétaire d'un fonds droit recevoir les eaux pluviales qui tombent du bâtiment voisin, soit goutte à goutte, soit rassemblées dans une gouttière [6]. Cette servitude peut aussi être constituée négativement comme *servitus stillicidii fluminis non recipiendi* [7]. Il y a grande controverse sur la nature de la servitude négative; il paraît qu'il faut l'entendre du cas où l'on affranchit son voisin de l'obligation de rece-

† § 1, I., *de servitutibus* 2, 3. — Tit. D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2.

1 Fr. 2. 6, D., *h. t.* – Fr. 8, § 1 et 2. Fr. 14, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5. Cf. Fr. 18. § 2, D., *quemadm. servitutes amittantur* 8, 6. – Fr. 6, D., *si mensor falsum modum dixerit* 11, 6.

2 Fr. 6, § 2. 5. Fr. 8, pr. § 2, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. – Fr. 33, D., *h. t.* Au reste le propriétaire du fonds assujetti peut se libérer de cette obligation en abandonnant le fonds. Fr. 6, § 2, D., *cité.* « ... Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit ». — Fr. 6, § 4. 5. 7. Fr. 7. Fr. 8, pr. § 1. 2, D., *si serv. vind.* 8, 5.

3 Les Fr. 33, D., *h. t.* et Fr. 6, § 2, D., *si serv. vind.* 8, 5, nous font connaître comment les Romains expliquaient l'origine de cette anomalie, qui doit être considérée, moins comme une charge inhérente à la servitude, que comme un devoir résultant des rapports de voisinage et constituant, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une *obligatio in rem scripta,* analogue à celles qui donnent lieu à la *novi operis nuntiatio,* à la *cautio damni infecti,* etc. Aussi l'action par laquelle le titulaire du droit poursuit la réparation du mur, tout en étant l'action confessoire, se divise-t-elle contre plusieurs propriétaires du fonds assujetti, ce qui ne devrait pas avoir lieu s'il s'agissait d'une action tendante à la poursuite d'un droit de servitude. *Voy.* Fr. 6, § 4, D., *si serv. vind.* 8, 5, et ci-après, § 136, note 9. Cf. Fr. 8, pr. § 1. 2. 3, D., *eodem* et Fr. 27. 40, § 2. 3, D., *de damno infecto* 39, 2.

4 D'autres donnent ce nom barbare à toute servitude dont l'exercice exige des travaux préalables.

5 § 2, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 1, pr. Fr. 2, D., *h. t.* – Fr. 29, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. – Fr. 242, § 1, D., *de verb. signif.* 50. 16.

6 Varron, *de l. l.* V, 27 (IV, 5, Gothofr. – p. 12 Bipont.). « Inter hæc hoc interest, quod stillicidium est, quod stillatim cadat, flumen quod fluat continue. » – Fr. 2. Fr. 17, § 3. Fr. 20, § 3. 6. Fr. 21. 28, D., *h. t.* – Fr. 8, pr. D., *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.

7 Fr. 2, D., *hoc titulo.*

voir les eaux pluviales, que des statuts locaux auraient imposée comme droit commun aux propriétés voisines [8]. — 5° *Servitus altius non tollendi*, par laquelle il est interdit au voisin d'élever son bâtiment au delà d'une certaine hauteur [9]. Nos lois parlent aussi d'une servitus *altius tollendi*, qui fait naître la même controverse que le *ius stillicidii non recipiendi*. Nous pensons que c'est le droit d'exhausser le bâtiment au delà de la hauteur fixée par la loi ou par des statuts locaux [10]. — 6° *Servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur*. Ces servitudes empêchent le voisin de nous enlever la lumière ou la vue par des constructions qu'il pourrait faire sur son terrain [11]. — 7° Nos sources parlent encore d'une *servitus luminum* : c'était probablement le droit d'avoir des fenêtres dans le mur du voisin ou dans un mur commun, ou même dans notre propre mur contrairement aux statuts locaux [12]. — Enfin nous

[8] D'après d'autres le *ius stillicidii non recipiendi* est la libération d'une *servitus stillicidii recipiendi*, dont notre fonds était grevé. Mais c'est violer les principes fondamentaux de la matière que de donner le nom de servitude à un rapport de droit qui n'est autre chose que le retour à la liberté originaire (*voy.* ci-après, note 10). Aussi le passage de Théophile sur lequel on se fonde ordinairement pour justifier cette interprétation n'est aucunement en contradiction avec notre manière de voir. En effet, après avoir donné un exemple de la *servitus stillicidii recipiendi*, Théophile, *ad* § 1, I., *h. t.*, continue « ou bien vous aviez sur mon terrain un semblable droit, et nous convenons que vous ne verserez plus sur ma maison ou sur mon terrain l'eau de votre toit ou de vos gouttières ». L'auteur suppose donc, à la vérité, que j'ai été tenu de recevoir les eaux du voisin; mais cette sujétion ne doit pas nécessairement provenir d'une servitude, elle peut aussi être imposée par la loi ou par des statuts locaux. *Voy.* au reste, ci-après, la note 9.

[9] Fr. 2. 6. Fr. 11, § 1. Fr. 12. 21. Fr. 23, § 1. Fr. 32, pr. D., *h. t.* – Fr. 7, § 1. Fr. 16, D., *communia præd.* 8, 4. – Fr. 4, § 8, D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 4, § 26, D., *de usurpationibus* 41, 3.

[10] Gaius, II, 31. IV, 3. – § 1, I., *de servit.* 2, 3. – Fr. 1, pr. Fr. 2. 21, D., *h. t.* – Fr. 2, D., *de S. P. R.* 8, 3. — L'opinion exposée dans notre texte et qui est conforme à celle que nous avons développée ci-dessus, note 8, à propos du *ius stillicidii non recipiendi*, est encore appuyée par les dispositions légales que nous trouvons concernant la hauteur des bâtiments. Des règlements en cette matière furent publiés par Auguste (Suétone, *Octave* 89), par Néron (Tacite, *Ann.* XV, 43), par Sévère et Caracalla, ainsi que par Zénon et Justinien (L. 1. 12. 13, C., *de ædificiis privatis* 8, 10). Cf. Ulpien, Fr. 1, § 17, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. Il est vrai que la plupart de ces dispositions sont plutôt des règlements de police que des lois d'intérêt privé. Cependant la L. 12, § 1. 4, C., *de ædific. privatis* 8, 10, reconnaît aux particuliers le droit d'y déroger sous plusieurs rapports. « ... Cum facultatem habet, ex pacto vel stipulatione mutandæ, si velit, veteris formæ... liceat ipsi secundum vim pacti et stipulationis ædificare... tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere ædificia, etiam si prospectum adimant eis, qui consenserunt et pacti sunt, aut qui in eorum domo successerunt, quandoquidem competentia iam quibusdam ex conventione iura per generalem auferri legem non oportet ». Cf. Fr. 11, pr. D., *h. t.* – Fr. 2, § 10, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3.

[11] § 2, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 3. 4. 12. 15. 16. 17. Fr. § 1. 2. Fr. 22. 23, pr. Fr. 31, D., *h. t.* — Le Fr. 2, D., *eodem*, mentionne aussi une *servitus luminibus officiendi*. Cf. Fr. 9, D., *eodem*.

[12] *A*) Fr. 4, D. « Luminum servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat ». – L. 8, C., *de servitutibus* 3, 34. — *B*) Fr. 40, D., *eodem*. « Eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse respondi ». Il se peut cependant que le *ius luminis immittendi* dans ce texte doive s'entendre d'ouvertures à

trouvons des *iura* ou *servitutes sterculinii, cloacæ immittendæ, fumi* ou *vaporis immittendi*, etc. [15].

§ 134. *Des servitudes rurales* †.

Les servitudes rurales sont sans aucun doute les plus anciennes de toutes les servitudes. Dans l'ancien droit, elles étaient considérées comme *res mancipi* [1]. La loi des Douze Tables faisait déjà mention des servitudes de passage et peut-être aussi de la servitude d'aqueduc [2].

Nos sources distinguent particulièrement les servitudes rurales suivantes : 1° Le droit de passage, qui peut être plus ou moins étendu [3]. Il s'appelle *ius itineris* quand il nous permet de passer à pied, à cheval ou même en litière sur le fonds du voisin [4]. Le *ius actus* nous autorise à conduire des troupeaux, des bêtes de somme et même des voitures [5]. Enfin le *ius viæ* est le droit de passage le plus étendu; il comprend tout ce qui est contenu dans les deux précédents, et en outre le droit d'employer pour le passage toutes sortes de voitures, et de transporter

faire dans le mur du voisin, qui serait adossé à un mur commun, comme le dit Cicéron, *topica*, 4. « Omnibus est ius parietem directum ad parietem communem adiungere, vel solidum vel fornicatum ». — *C*) Le troisième cas que nous supposons s'explique par la L. 12, § 3, C., *de ædif. priv.* 8, 10. « ... Ne liceat præter veterem formam in altitudinem ædificium erigere vel fenestras facere, nisi decem pedes in medio intercedant, etc. ».

[15] Fr. 17, § 2, D., *si serv. vindic.* 8, 5. – Fr. 7, D., *de serv.* 8. 1; Fr. 2, pr. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. – Fr. 1, pr. § 4. 6, D., *de cloacis* 43, 23. – Fr. 8, § 5-7, D., *si serv. vindic.* 8, 5.

† Pr. § 2, I., *de servitutibus* 2, 3. – Tit. D., *de servitutibus prædiorum rusticorum* 8, 3.

[1] Gaius, II, 29. 31.

[2] Varron, *de l. l.* VII, 15 (VI, 2, Gothofr. – p. 85 Bipont.). « *Amfractum* est ab origine flexum duplici, dictum ab *ambitu* et frangendo : ab eo Leges iubent in directo pedum VIII esse, in amfracto XVI, id est, in flexu ». – Cic., *pro Cæcina*, 19. et Fr. 8, D., *h. t.*, ci-après, note 6. Le Fr. 5, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8, mentionne aussi la loi des XII Tables à propos d'*aquæ ductus*.

[3] Nous donnons dans le texte une analyse des dispositions légales sur les servitudes de passage. Mais il va sans dire que les parties peuvent y déroger par des dispositions particulières. Fr. 4, § 1, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 14, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 11, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. — Pour la direction du passage, *voy.* Fr. 9, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 13, § 1. 3. Fr. 26, D., *h. t.* – Fr. 6, § 1, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.

[4] Pr. I., *de servitut.* 2, 3. « Iter est ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum ». – Fr. 7, pr. D., *h. t.* « Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur : iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet ». – Fr. 1, § 4, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 12, D., *h. t.* « Iter est enim qua quis pedes vel eques commeare potest ». – Fr. 1, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2.–Fr. 1, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.–Fr. 7, § 1. Fr. 14, D., *communnia præd.* 8, 4. – Fr. 17, § 2, D., *de aquæ pluv. arc.* 39. 3.

[5] (Pr. I., *de serv.* 2, 3.) Fr. 1, pr. D , *h. t.* « Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum ». – Fr. 7, pr. D., *eodem.* « Qui actum habet, et plaustrum ducere et iumenta agere potest, sed trahendi lapidem aut tignum neutri eorum ius est ». – Fr. 12, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 17, § 2, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. – Cf. Fr. 4, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 1, D., *de adimendis legatis.* 34, 4.

par le chemin des pierres, des poutres et d'autres matières de construction [6]. La *servitus actus* contient ordinairement la *servitus itineris,* à moins que le contraire ne soit stipulé; dans ce cas, il est permis de conduire des bestiaux et conséquemment de passer avec eux, mais non pas sans eux [7]. A ces servitudes de passage on peut ajouter la *servitus navigandi,* qui donne le droit de passer sur l'étang ou sur le lac du voisin [8]. — 2° *Servitus aquæductus* ou *aquæ ducendæ,* le droit d'amener de l'eau du fonds d'autrui ou par le fonds d'autrui sur notre fonds. La servitude d'aqueduc implique le droit de placer des tuyaux sur le terrain assujetti, mais non pas celui d'y construire des canaux maçonnés [9]. L'usage de l'eau peut être donné pour toute l'année ou seulement pour une saison de l'année [10].—3° *Servitus aquæ haustus* ou *aquæ hauriendæ*, le droit de puiser de l'eau sur le fonds d'autrui; il contient naturellement le *ius itineris* [11]. — 4° *Servitus pecoris ad aquam adpellendi*, le droit de faire abreuver des troupeaux à la source d'autrui; il contient implicitement le *ius actus* [12]. — 5° *Servitus pascui* ou *pecoris pascendi*, le droit de conduire paître nos troupeaux sur le terrain d'un autre; il comprend naturellement la *servitus*

[6] Pr. I., *de serv.* 2, 3. « Via est ius eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se continet via ». – Fr. 7, pr. D., *h. t.* « Qui viam habent, eundi agendique ius habent : plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat ». Nous ignorons ce qu'il faut entendre par *rectam hastam referre.* – Fr. 23, pr. D., *eodem.*– Fr. 13, D., *de servit.* 8, 1.— La largeur de la *via* dépend de la convention entre parties. A défaut de conventions particulières « Viæ latitudo ex lege XII Tabularum in porrectum octo pedes, in amfractum, i. e. ubi flexum est, sedecim ». Fr. 8, D., *h. t.* Le sens du mot *amfractum* est controversé malgré l'explication de Varron, *de l. l.*, VII, 15, transcrit ci-dessus, note 2. *Voy.*, au reste, sur la *via* en général, Fr. 9, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 1, pr. Fr. 7, pr. Fr. 13, § 2. 3. Fr. 14. Fr. 23, pr. Fr. 26, D., *h. t.* – Fr. 13, § 1, D., *de acceptilatione* 46, 4.—Le passage de Cic., *pro Cæcina* 19. « Si via sit immunita, iubet (lex), qua velit agere iumentum », s'applique-t-il aux passages privés ou aux chemins publics?

[7] Pr. I., *de servitut.* 2, 3. – Fr. 1, pr. D., *h. t.* – Fr. 2, D., *quemadm. serv. amitt.* 8, 6.– Fr. 1, D., *de adimendis legatis* 34, 4. – Fr. 38, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Il est facile de concilier ces passages avec le Fr. 4, § 1, D., *si serv. vindic.* 8, 5. « Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur ».

[8] Fr. 23, § 1, D., *hoc titulo.*

[9] Pr. I., *de servitut.* 2, 3. – Fr. 1, pr. Fr. 9, D., *h. t.* – Fr. 4, D., *de aqua quotidiana* 43, 20. *Voy.* aussi Fr. 1, § 2. 3. Fr. 2. 3, § 1. 2. Fr. 4. 5, pr. D., *eodem.* – Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. – Fr. 2, § 1. Fr. 10. 15. 21. 22. 26. 29, D., *h. t.* – Fr. 17, § 1, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. – Fr. 2, D., *de fluminibus* 43, 12. – Fr. 2, D., *de rivis* 43, 21. — Il ne faut pas confondre cette servitude avec le droit de conduire ou de déverser ses eaux sur le terrain du voisin, *ius aquæ immittendæ vel educendæ in fundum.* Fr. 29, D., *h. t.* – Fr. 8, § 5, D., *si serv. vind.* 8, 5.

[10] *Aqua quotidiana* et *aqua æstiva.* Fr. 1, § 2. 3. 4. 5, D., *de aqua quotid. et æstiva* 43, 20.— L'usage peut même être restreint à certains jours ou à certaines heures. Fr. 2, § 1, D., *h. t.* – Fr. 7. 10, § 1, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. – Fr. 6, § 3. Fr. 5, § 1, D., *de aqua quotidiana* 43, 20. C'est à ces hypothèses que les Romains appliquent le terme *servitutes discontinuæ. Voy.*, ci-après, § 142, note 18; 145, note 16.

[11] § 2, I., *de servit.* 2, 3. – Fr. 1, § 1. Fr. 2, § 1. Fr. 3, § 3. Fr. 9. 20, § 3, D., *h. t.*

[12] § 2, I., *de servit.* 2, 3. – Fr. 1, § 1. Fr. 4. 6, § 1, D., *h. t.* – Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1. – Fr. 1, § 18, D., *de aqua quotidiana* 43, 20.

actus. S'il n'y a pas de dispositions particulières sur l'étendue de ce droit, il ne peut être exercé que pour le nombre de bestiaux qui sont attachés au fonds dominant [13]. — 6° Enfin beaucoup d'autres servitudes qui donnent le droit de prendre, sur le fonds assujetti, des pierres, de la craie, du sable, de la chaux, des échalas pour nos vignes, *ius lapidis eximendi, cretæ eximendæ, arenæ fodiendæ, calcis coquendæ, sylvæ cæduæ ut pedamenta in vineis non desint*, etc. [14].

DE LA QUASI-POSSESSION DES SERVITUDES.

§ 135.

L'idée de la possession, supposant comme élément essentiel le pouvoir physique sur une chose, ne s'applique rigoureusement qu'aux objets matériels [1]. Envisagée dans ses rapports avec le droit de propriété, la possession se manifeste cependant encore comme l'exercice des pouvoirs compris dans ce droit. Or, à ce point de vue, les Romains ont cru pouvoir étendre l'idée aux servitudes, en considérant comme possesseur d'une servitude celui qui exerce les pouvoirs contenus dans le droit de servitude, *quasi possessio* ou *iuris possessio* [2]. Au premier abord, cette extension paraît aisée; mais en y réfléchissant de près, on découvre des servitudes qui ne s'y prêtent guère. La possession, en effet, exige une manifestation palpable et continue : or, il y a plus d'une servitude dont l'exercice n'a rien de continu ni d'apparent. Cette considération n'avait pas échappé aux Romains [3], mais elle n'a point porté fruit. Car au lieu de baser sur ce fait une distinction rationnelle, comme le firent plus tard quelques droits coutumiers et le législateur français [4], les Romains, con-

[13] § 2, I., *de servit.* 2, 3. – Fr. 1, § 1. Fr. 3, pr. § 3. Fr. 4. 6, § 1, D., *h. t.* – Fr. 13, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. – L. 6, C., *de servitutibus* 3. 34.

[14] § 2, I., *de servit.* 2, 3. – Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 1. 2. Fr. 5, § 1. Fr. 6, D., *h. t.*

[1] Fr. 3, pr. D., *de adq. poss.* 41, 2. « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia ». – Fr. 4, § 27, D., *de usurpat.* 54, 3. « Quia nec possideri intelligitur ius incorporale ». Cf. § 4, I., *per quas personas nobis adquiritur* 2, 9. – Fr. 1, § 8, D., *quod legatorum* 43, 3.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 82, et Gaius, IV, 139. – Pr. I., *de interdictis* 4, 15. – Fr. 23, § 2, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. – Fr. 20, D., *de servitutibus* 8, 1, ci-après, note 12. – Fr. 8, § 3. Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 3, § 17, D., *de vi* 43, 16. – Fr. 2, § 3, D., *de precario* 43, 26. — *Voy.* aussi Fr. 6. 20, pr. Fr. 32, § 2, D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 2 in f. D., *comm. prædiorum* 8, 4. – Fr. 7, in f. D., *de itinere* 43, 19.

[3] Elle est présentée en termes exprès par Paul, Fr. 14, pr. D., *de servit.* 8, 1. « Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant *certam continuamque* possessionem : nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Item et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur ». Il est permis de croire que c'est par ce motif que la loi *Scribonia* mit fin aux essais qui avaient pu être tentés d'appliquer l'usucapion aux droits de servitude. *Voy.* ci-après, § 142.

[4] Les dispositions du Code Napoléon, Art. 690. « Les servitudes continues et apparentes

trairement à leurs habitudes, tombèrent, par un excès de généralisation, dans deux extrêmes également erronés. D'un côté, en effet, l'usucapion, qui est l'application la plus énergique de l'idée de la possession, fut rejetée d'une manière générale et absolue pour toutes les servitudes, bien qu'elle eût pu être parfaitement admise à l'égard de certaines catégories [5]; et, d'un autre côté, l'on chercha à appliquer les autres effets possibles de la possession à toutes les servitudes, même à celles dont la nature répugne à cette application [6]. De ces méprises est résulté un système imparfait dont voici les règles générales [7].

La quasi-possession d'une servitude exige naturellement la réunion des deux conditions régulières de toute possession, savoir : 1° *corpus*, c'est-à-dire l'exercice des pouvoirs contenus dans le droit de servitude dont il s'agit; 2° *animus (servitutem) sibi habendi*, c'est-à-dire l'intention d'exercer ces pouvoirs comme nous appartenant : l'exercice à titre précaire ou de tolérance ne constitue point de possession [8].

L'acquisition de la possession d'une servitude se fait, d'une manière analogue à celle de la possession corporelle, par appréhension opérée avec *animus possidendi*. Nous avons fait appréhension d'une servitude dès que nous avons fait un acte qui nous donne la possibilité d'exercer les pouvoirs contenus dans le droit de servitude, et à plus forte raison dès que nous les exerçons en réalité [9]. Mais comment faire appréhension d'une de ces servitudes qui consistent tout simplement à jouir d'un état de choses sans aucune manifestation extérieure et saisissable; par exemple, d'une

s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans. » Art. 691. « Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titre... », doivent leur origine au droit coutumier. — Les Romains soupçonnaient bien cette distinction rationnelle; et c'est pourquoi ils mentionnent souvent dans cette matière tout spécialement les servitudes urbaines, qui sont généralement *continues* dans le sens que le législateur français donne à ce terme. (Fr. 20, D., *de S. P. U.* 8, 2, et *passim*); mais ils ne sont pas parvenus à se rendre un compte tout à fait exact de la base et de la raison d'être de cette différence.

[5] Il est vrai qu'on admit plus tard la *longi temporis præscriptio* comme moyen d'acquisition des droits de servitude; mais cette application de la *quasi possessio servitutis* resta en dehors du domaine du *ius civile*, précisément pendant l'époque qui eût été particulièrement propre à développer cette institution difficile, c'est-à-dire pendant l'âge d'or de la science du droit.

[6] Spécialement, l'action Publicienne et les interdits possessoires. *Voy.*, ci-après, § 136, vers la fin et § 138. La première application de la possession aux droits de servitude se trouve chez Iavolenus, Fr. 20, D., *de servitutibus* 8, 1.

[7] Nous faisons abstraction ici des conditions particulières qui sont exigées pour quelques interdits possessoires et pour l'usucapion. *Voy.* ci-après, §§ 138 et 142.

[8] Fr. 7, D., *de itinere* 43, 19. « ... tanquam suo iure facere ». — Fr. 25, D., *quemadmodum servit. amitt* 8, 6. « Servitute usus non videtur, nisi is qui suo iure uti se credidit... » Les mots *qui suo iure uti se credidit* ne veulent pas dire que celui qui exerce *croit* user d'un droit lui appartenant, mais qu'il le fait avec l'*intention* d'en user *comme d'un droit*.

[9] La forme de l'acte dépend naturellement du caractère particulier de la servitude dont nous voulons prendre possession. Quand il s'agit d'un droit d'usufruit qui implique détention de la

servitus altius non tollendi? Ici, aucun acte d'appréhension ne saurait être imaginé, à moins que, par hasard, le possesseur du fonds que nous voulons assujettir n'essaye d'élever son bâtiment et qu'il y renonce par suite de notre opposition ; car dès lors nous avons en réalité exercé le pouvoir qui compète au titulaire du *ius altius non tollendi* [10]. — Il n'y a évidemment pas de tradition possible à l'égard d'un droit, d'une abstraction [11]. Cependant, comme la tradition corporelle, envisagée dans ses effets juridiques, n'est autre chose que la faculté qui nous est donnée par le possesseur actuel d'exercer dorénavant le pouvoir qu'il exerçait auparavant lui-même, on a admis qu'il y a quasi-tradition d'une servitude toutes les fois que nous exerçons la servitude avec le consentement du possesseur actuel de la chose assujettie, *patientia et usu* [12].

Nous perdons la possession d'une servitude comme la possession corporelle, soit *corpore*, soit *animo*, soit *corpore et animo*. La perte par l'intention n'offre rien de particulier. Quant à celle qui se fait *corpore*, il est évident que tout fait qui met fin à la possibilité d'exercer les pouvoirs dont il s'agit nous fait perdre la *possessio iuris*. Les servitudes réellement susceptibles de possession se prêtent parfaitement à l'application conséquente de cet axiome dont nous avons, pour les choses corporelles, constaté la rigoureuse exactitude ci-dessus, § 86 : il faut un acte contraire à notre pouvoir pour nous en faire perdre la possession [13]. La possession des servitudes qui n'ont pas le caractère d'apparence et de continuité se perd, au contraire, par cela seul qu'elles ne sont pas exercées [14].

La possession des servitudes peut, au reste, comme la possession corporelle, s'acquérir et s'exercer par des représentants, et elle est, sous ce

chose même qui est l'objet du droit, l'acte d'appréhension se présente sous la même forme que dans la possession corporelle. Pour les autres servitudes, le fait même de l'exercice constitue l'acte d'appréhension. Fr. 3, pr. D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 20, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 1, § 6. Fr. 2, D., *de itinere* 43, 19. Cf. Fr. 20, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2.

[10] Arg. Fr. 15, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. – Fr. 45, D., *de damno infecto* 39, 2.

[11] Gaius, II, 28. « Incorporales (res) traditionem non recipere, manifestum est ». – Fr. 43, § 1, D., *de adquirendo rerum dominio* 41, 1.

[12] Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem actione* 6, 2. « Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci : item rusticorum ; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat ». — Fr. 3, pr. D., *de usufructu* 7, 1. « ... Dare autem intelligitur (heres usumfructum), si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui... » — Fr. 20, D., *de servit.* 8, 1. « Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure uti possit : quia nulla eiusmodi iuris vacui traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt ». – Fr. 1, § 2, D., *de S. P. R.* 8, 3. « Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Prætoris ». — *Voy.* aussi ci-après, § 139, note 8.

[13] Fr. 20, pr., D., *de S. P. U.* 8, 2. – Cf. Fr. 6, D., *eodem* et Fr. 6, § 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5.

[14] Fr. 12, § 2. D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 24, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. – Fr. 5, D., *quemadmodum servit. amitt.* 8, 6.

rapport, soumise aux règles générales, en tant que la nature de chaque servitude le permet. Mais les servitudes prédiales offrent une particularité qui s'explique par la nature propre de ces droits, et qui consiste en ce qu'elles s'exercent pour le fonds dominant, même à l'insu du propriétaire et sans que la personne qui les exerce entende agir pour le propriétaire, pourvu seulement qu'elle ait l'intention de les exercer dans l'intérêt du fonds, *fundi nomine* [15].

DES ACTIONS RELATIVES AUX SERVITUDES.

§ 136. *De l'action confessoire* †.

On appelle confessoire l'action qui sert à faire valoir et à protéger un droit de servitude. Ce nom vient de ce que l'action a pour but de faire reconnaître par le défendeur le droit réclamé par le demandeur [1]. Elle est également appelée *vindicatio* ou *petitio servitutis,* parce qu'elle est pour les servitudes ce qu'est la revendication (et l'action négatoire [2]) pour le droit de propriété. — Aussi la procédure a-t-elle été de tout temps analogue à celle de la revendication des choses corporelles. D'abord soumise à la *sacramenti legis actio*, elle s'en affranchit sous le système formulaire au moyen de la *sponsio*, et elle finit par admettre la demande directe *per petitoriam formulam* [3].

Pour pouvoir intenter l'action confessoire, il faut : 1° que le demandeur ait le droit de servitude qu'il réclame [4]; 2° que ce droit ait été lésé.—Le

[15] Fr. 6, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. « Nam satis est fundi nomine itum esse ». — Fr. 20. 21. 22. 23. 24, D., *eodem.* – Fr. 1, § 7. Fr. 3. 4, D., *de itinere* 43, 19.

† Tit. D., *si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur* 7, 6. – Tit. D., *si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur* 8, 5.

[1] Fr. 2, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5, ci-dessus, § 121, note 1. Cf. ci-après, note 3.

[2] Cf. ci-après, note 8.

[3] **Sponsio.** SI IUS UTENDI FRUENDI FUNDO CORNELIANO (EUNDI AGENDI PER FUNDUM CORN.) MIHI EST, H.-S. XXV dare spondes? — **Petitoria formula**. SI PARET A° A° IUS ESSE UTENDI FRUENDI FUNDO CORNELIANO (IUS ESSE TIGNA IN EO LOCO IMMISSA HABERE, IUS ESSE EUNDI AGENDI) Q. D. A. NEQUE N^s N^s A° A° ARBITRATU TUO RESTITUET, QUANTI EA RES ERIT N^m N^m A° A° CONDEMNA : SI NON PARET, ABSOLVE.

[4] Quand il s'agit d'une servitude prédiale et que le fonds dominant appartient à plusieurs, chacun des copropriétaires peut intenter l'action pour le tout, *in solidum*, et le jugement profite ou préjudicie à tous, en ce qui concerne la reconnaissance et l'exercice du droit de servitude; mais les éléments personnels que la *condemnatio* peut contenir ne peuvent naturellement agir qu'en faveur de ceux qui ont été parties au procès et en proportion de leur intérêt. *Voy.* ci-dessus, § 69, note 46, et Fr. 23, § 3, D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 4, § 3, D., *h.t.*, 8, 5. « Si fundus cui iter debetur plurium sit, unicuique in solidum competit actio....., sed in æstimationem id, quod interest veniet, scilicet quod eius interest qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur, et victoria aliis proderit; æstimatio autem ad quod eius interest revocabitur... ». — Fr. 6, § 4. Fr. 19, D., *eodem.* – Fr. 1, § 5, D., *de arboribus cædendis* 43, 27. — Cf. Fr. 11, § 1, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3, et ci-après, note 9.

demandeur doit donc d'abord prouver l'existence de son droit [5]. Cette preuve est simple pour les servitudes personnelles. En matière de servitudes prédiales, elle se compose de deux éléments. En effet, comme les servitudes prédiales sont inhérentes à la qualité de propriétaire du fonds dominant, nous n'en pouvons prouver l'existence qu'après avoir constaté que nous avons la propriété de ce fonds [6]. L'action confessoire est accordée *utiliter* à ceux qui sont intéressés directement à l'existence de la servitude à cause d'un droit d'hypothèque, d'emphytéose ou de superficie [7]. — Tout état de choses qui porte atteinte à l'exercice du droit de servitude comme tel constitue une lésion donnant ouverture à l'action confessoire [8]. Dans la plupart des cas, ce sera contre le propriétaire de la chose assujettie que nous la dirigerons [9]; mais, le cas échéant, elle pourra être

[5] Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. – L. 9, C., *de servitutibus* 4, 34 et *passim.*

[6] Fr. 2, § 1. Fr. 6, § 3, D., *si serv. vindic.* 8, 5. – Fr. 16, D., *de exceptionibus* 44, 1. « Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter te et me controversia est, et dico præterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi : si viam petam, exceptionem : *quod præiudicium prædio non fiat*, utilem tibi fore putavit : *videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse* ».

[7] Fr. 16, D., *de servitut.* 8, 1. – Fr. 3, § 3. Fr. 9, D., *de operis novi nuntiat.* 39, 1. – F. 1, § 9, D., *de superficibus* 43, 18. — Fr. 1, § 5, D., *de remissionibus* 43. 25. – Cf. ci-après, § 149, note 10; § 152, note 18; § 161, note 8. — L'usufruitier qui est troublé dans l'exercice d'une servitude appartenant au fonds soumis à l'usufruit n'a pas l'action confessoire du chef de cette servitude, mais il obtiendra le même résultat en intentant la confessoire du chef de son usufruit. Fr. 1, pr. Fr. 5, § 1, D., *si ususfr. petatur* 7. 6. On a voulu conclure du Fr. 1, § 4, D., *de remissionibus* 43, 25, que Julien aurait été d'un autre avis.

[8] Fr. 60, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 1, pr. Fr. 5 pr., § 3. 6. D., *si ususfr. pet.* 7, 6. – Fr. 4, § 5. Fr. 6, § 1. Fr. 9. 10, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 1, § 4, D., *de remissionibus* 43, 21.— Les Fr. 5, § 6, D., *si ususfr. pet.* 7, 6, et Fr. 6, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5, ont fait dire que l'action confessoire était donnée non-seulement quand il y avait *lésion* du droit de servitude, mais alors même qu'il y avait simple *contestation.* Cette opinion, incompatible avec les principes généraux, provient de ce qu'on n'a voulu voir une lésion du droit de servitude que dans les cas où le défendeur usurpe lui-même, c'est-à-dire *possède* la servitude, comme la revendication ne se donne que contre le *possesseur* de la chose revendiquée. Mais on perd de vue que le droit de servitude, tout comme le droit de propriété, peut recevoir des atteintes qui ne vont pas jusqu'à nous priver de la possession, et que l'action confessoire, ayant pour but de nous protéger contre *toute* lésion du droit, tient lieu à l'égard des servitudes, non-seulement de la revendication, mais aussi de l'action négatoire. *Voy.*, au reste, ci-dessus, note 2; § 121, note 4; § 89, notes 25-30. On invoque encore le Fr. 9, *verb.* Sed si quidem D., *h. t.* 8, 5, en appuyant sur les mots : *si quidem nondum ædificarit.* Mais il faut traduire ces mots : « s'il n'a pas encore achevé sa construction ».

[9] Fr. 3, § 1, D., *h. t.*, 7, 6. – Fr. 6, § 3. Fr. 10, § 1, D., *h. t.*, 8, 5. — Quand la chose assujettie appartient à plusieurs, l'action peut être intentée contre chacun pour le tout, à cause de l'indivisibilité des servitudes, et le jugement agit à l'égard de tous, tant en leur faveur qu'à leur préjudice. Ceci, au reste, ne s'entend que de la partie du jugement relative *à la constatation et à l'exercice du droit de servitude;* les condamnations personnelles que le jugement peut contenir sont divisibles et ne frappent que les individus coupables. *Voy.*, ci-dessus, § 69, note 46, et Fr. 4, § 4. Fr. 19, D., *h. t.*, 8, 5. Fr. 31, § 7, D., *de negotiis gestis* 3. 5. Cf. ci-dessus, note 4. — Rappelons que dans l'action confessoire du chef de la *servitus oneris ferendi*, la partie du jugement qui impose aux défendeurs les réparations nécessaires pour l'*exercice du droit* est divisible. Fr. 6, § 1, D., *h. t.*, 8, 5, et ci-dessus, § 133, note 3.

intentée contre tout tiers qui se trouvera dans les conditions voulues [10].

L'action est arbitraire. Elle a pour but de faire reconnaître l'existence de la servitude [11] et de faire restituer au demandeur l'intégralité de son droit [12]; ce qui implique toujours et avant tout cessation du trouble que le défendeur apporte à l'exercice des pouvoirs qui y sont contenus [13], et de plus éventuellement réparation du dommage causé et caution contre tout trouble ultérieur [14]. Si le défendeur n'opère pas spontanément la restitution dans les conditions voulues, il subira une condamnation égale à la valeur du préjudice que le défaut de restitution fait subir au demandeur, valeur qui, suivant les circonstances, sera estimée par le juge ou affirmée par le demandeur sous serment, *ius iurandum in litem* [15].

Il nous reste à mentionner que le défendeur qui ne répond pas à l'ac-

[10] Fr. 5, § 1. Fr. 6, D., *h. t.*, 7, 6. – Fr. 4, § 5. Fr. 6, § 3. 4. Fr. 9, pr. D., *h. t.*, 8, 5. – Fr. 10, § 1, D., *eodem*, où il faut lire NOS au lieu de NON. — Il va de soi que nous pouvons agir, le cas échéant, même contre une personne cotitulaire du droit de servitude que nous poursuivons, particulièrement contre le copropriétaire du fonds dominant. Cf. ci-dessus, § 121, note 5 et Fr. 11, § 1, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3.

[11] IUS SIBI ESSE UTENDI FRUENDI, EUNDI AGENDI, ETC. C'est là l'objet de la *pronuntiatio. Voy.*, ci-dessus, § 50, note 12; § 51, note 16; § 119, notes 1. 2, et GAIUS, IV, 45. – *Vaticana fragm.* 53. – § 3, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 5, pr. D., *si ususfr. pet.* 7, 6. – Fr. 17, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 2, pr. Fr. 4, § 7. Fr. 8, § 4. Fr. 9, pr. D., *si servitus vind.* 8, 5. – Fr. 35, D., *emti* 19, « ... de iure servitutis in rem actione PRONUNTIATUM... ». – Fr. 62, § 2, D., *de evictionibus* 21, 2. – Fr. 1, § 7, D., *de o. n. n.* 39, 1. – Fr. 17, § 3. Fr. 22, pr. D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. – Fr. 26, pr. D., *de exc. rei iudicatæ* 44, 2.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 119, notes 1 sqq. et § 31, I., *de actionibus* 4, 6. – § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. « Et si in rem actum sit, sive contra petitorem iudicabit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus... » – Fr. 7, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. « Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res præstetur, aut cautio. RES ipsa hæc est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum præstare. CAUTIO hæc est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere : *neque se, neque successores suos prohibituros altius tollere sublatumque habere;* et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem præstat neque cautionem, tanti condemnet quanti actor in litem iuraverit ».

[13] Fr. 3, § 5. Fr. 6, § 5, D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 7, D., *eodem*, transcrit à la note précédente. – Fr. 8, pr. § 2. 4, D., *eodem.* — Les mesures à prendre pour obtenir la cessation du trouble varient suivant les circonstances. Ainsi, il peut y avoir lieu de décréter la destruction des ouvrages contraires à l'exercice de la servitude, d'ordonner que le défendeur laisse faire (voire qu'il fasse lui-même dans la *servitus oneris ferendi*) les réparations nécessaires pour l'exercice du droit. Fr. 4, § 5. Fr. 6, § 4. Fr. 7. 8, § 2. Fr. 18, D., *h. t.* 8, 5. – L. 5, C., *de servitutibus* 3, 34. Cf. ci-dessus, note 9 et § 124, note 13. — Quand l'action tend à faire reconnaître un droit d'usufruit, le juge peut ordonner la remise de la chose au demandeur, etc., Fr. 1, pr. Fr. 5. 6, D., *h. t.*, 7, 6. — Si pendant le procès, la servitude s'est éteinte par non-usage, le défendeur sera tenu de la rétablir. Fr. 5, § 5, D., *h. t.*, 7, 6. – Fr. 8, § 4, D., *h. t.*, 8, 5.

[14] *A*) § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. « ut rem ipsam restituat cum fructibus ». – Fr. 5, § 3-6, D., *h. t.*, 7, 6. – Fr. 4, § 2. 3. Fr. 6, § 2. 6. Fr. 8, § 2, D., *h. t.*, 8, 5. – L. 5, C., *de servitutibus* 3, 34. — *B*) Fr. 5, § 5, 6 in f. D., *h. t.*, 7, 6. – Fr. 7, D., *h. t.* 8, 5. – Fr. 7, D., *de aqua* 43, 20. Cf. ci-dessus, § 121, note 11.

[15] *Voy.* ci-dessus, § 119, notes 6-7, et Fr. 19, § 1, D., *de usuris* 22, 1. – Fr. 7 in f. D., *h. t.*, 8, 5. « ... Si vero neque rem præstat neque cautionem, tanti condemnet (iudex) quanti actor in

tion [16], ou qui nie faussement les faits de trouble qu'on lui impute, perd au profit du demandeur la possession du droit qu'il usurpe, et se trouve dès lors dans la nécessité de prendre lui-même le rôle de demandeur, s'il veut faire valoir ce droit [17].

L'action confessoire est donnée comme Publicienne, soit à celui qui n'est que possesseur de bonne foi de la servitude qu'il réclame, soit à celui qui, tout en ayant le droit de servitude, préfère la preuve plus facile de la Publicienne [18].

§ 137. *De l'action négatoire* †.

Nous avons vu, au § 121, auquel nous renvoyons pour les notions générales, que l'action négatoire peut être intentée toutes les fois que quelqu'un lèse notre droit de propriété d'une manière qui ne suffirait pas à nous donner la revendication. Elle aura donc lieu particulièrement quand quelqu'un exerce indûment sur notre propriété des pouvoirs compris dans un droit de servitude [1].

L'action négatoire compète au propriétaire; elle est donnée *utiliter* à l'emphytéote, au superficiaire et au créancier hypothécaire [2]. Le demandeur doit prouver son droit de propriété ou l'existence du droit réel qui l'autorise à agir. Il y a une grande controverse sur la question de savoir s'il doit, en outre, prouver la non-existence de la servitude que le défen-

litem iuraverit ». Ce fragment semble indiquer le *iusiurandum in litem* comme le mode général d'évaluation. De fait c'est, en effet, le mode le plus fréquent, par la raison que le défaut de restitution proviendra, dans notre matière, presque toujours du mauvais vouloir, de la *contumacia* du défendeur. Cf. Fr. 46, D., *de rei vind.* 6, 1, et ci-dessus, § 119, note 8.

[16] L'ancien droit donnait contre le défendeur *qui litem non defendebat* un interdit QUEM USUMFRUCTUM, par suite duquel le demandeur obtenait la possession de la chose soumise à l'usufruit. En matière de servitudes prédiales, il y avait sans doute des interdits analogues, mais portant d'autres noms, comme il y avait, en matière de revendication et de pétition d'hérédité, les interdits QUEM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM. *Voy.* ULPIEN, *Fragm. Vindob.* — *Vaticana fragm.* 92. 93, et ci-dessus, § 117, note 23 ; § 118, notes 29-31.

[17] *Voy.* ci-dessus, § 118, note 29; § 121, note 13, et Fr. 15, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. « ..... Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse habeat : id enim esse petitoris partes sustinere ». — Cf. Fr. 45, D., *de damno infecto* 39, 2, et Fr. 18, D., *si serv. vind.* 8, 5.

[18] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem act.* 6, 2. — Fr. 1, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 1, § 2, *de S. P. R.* 8, 3. — Dans l'ancien droit, l'action Publicienne était d'une application beaucoup plus étendue. *Voy.* ci-après, § 159, notes 7-10.

† Titt. D., *si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur* 7, 6; *si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur* 8, 5. — La procédure de l'*action négatoire* a suivi la même marche que celle de l'action confessoire. *Voy.* ci-dessus, § 136, note 3.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 121, notes 3 et 4. Cf. § 2, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 5, pr. D. *h. t.* 7, 6. — Fr. 4, § 7, D., *h. t.*, 8, 5. « Competit autem *de servitute* actio domino ædificii *neganti* servitutem se vicino deberi..... » — Fr 9, pr. Fr. 14, pr. D., *eodem*.

[2] *A*) Propriétaire unique ou *pro parte*. *Voy.* ci-après, note 7, et ci-dessus, § 121, note 5. — *B*) Arg. les textes cités ci-dessus, § 136, note 7. *Voy.*, au reste, ci-après, §§ 149, A ; 152 et 161, notes 8-10.

deur veut usurper. L'affirmative est soutenue d'une manière plus ou moins rigoureuse par beaucoup de jurisconsultes, et le nom même de l'action semble favoriser cette opinion [3]. Elle est cependant incompatible avec les principes généraux sur le droit de propriété. En effet, ce droit est absolu et exclusif, et celui qui a fourni la preuve de sa propriété a par là même constaté l'existence de tous les pouvoirs contenus dans ce droit, jusqu'à ce qu'un autre établisse que ces pouvoirs ont été limités ou restreints d'une manière quelconque [4]. Il faut donc soutenir que le demandeur a satisfait à l'obligation de la preuve, dès qu'il a établi sa propriété. Si le défendeur prétend avoir un droit de servitude, c'est à lui d'en prouver l'existence, et il n'y a aucune raison d'abandonner cette règle dans le cas où le défendeur se trouverait avoir la quasi-possession de la servitude [5]. — Quant aux conditions que la lésion doit réunir pour donner lieu à l'action négatoire, nous renvoyons à ce que nous avons dit en traitant du droit de propriété [6].

Le but de l'action négatoire est de faire reconnaître que nous avons le droit de propriété libre de la servitude usurpée, et par conséquent de nous faire obtenir la restitution de l'intégralité de notre droit [7]. — Rap-

[3] Fr. 2, pr. D., *h. t.* 8, 5. « (Competit actio) negatoria domino qui negat ». — § 2, I., *de actionibus* « Si quis intendat ius non esse adversario, utendi fruendi, eundi, agendi ».

[4] *Voy.* ci-dessus, §§ 67. 95, n° 2, et § 124, note 8.

[5] Arg. L. 10, C., *de pignoratitia actione* 4, 24. « .... Vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti... », et ci-dessus, § 120, note 8. Ce qui est dit ici du possesseur qui prétend tenir la chose en vertu d'un droit de gage s'applique également à celui qui possède un droit de servitude. Le Fr. 5, pr. D., *h. t.* 7, 6, contient également deux propositions qui viennent à l'appui de notre thèse; mais il faut bien convenir qu'elles ne sont pas décisives. — Pour l'opinion contraire, on cite divers textes, entre autres, Fr. 8. 14, D., *de probationibus* 22, 3, et Fr. 7, § 5, D., *de liberali causa* 40, 12; mais nous verrons ci-après, t. III, §§ 326. 334, que c'est à tort et que même le Fr. 8, D., *cité*, sainement interprété, est favorable à notre opinion. Le Fr. 15, D, *de operis novi nuntiatione* 39. 1, appartient à un ordre d'idées tout à fait différent. *Voy.* ci-après, note 8, et ci-dessus, § 136, note 17. Le Fr. 8, § 3, D., *si serv. vindicetur* 8, 5, paraît au premier abord plus favorable à ceux qui imposent au demandeur la preuve de la liberté du fonds, toutes les fois que le défendeur se trouve en possession de la servitude. Ulpien y dit : « Si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat ». Il est incontestable que les mots *possessoris* ou *petitoris partes sustinere* peuvent signifier : « être obligé ou n'être pas obligé de prouver l'existence ou la non-existence du droit de servitude, » et que dès lors ce texte pourrait être invoqué contre l'opinion que nous soutenons. Mais nous pouvons également prendre les mots dans leur sens primitif. *Possessoris partes sustinere* signifierait dès lors *avoir la possession*, c'est-à-dire pouvoir repousser tout empiétement et n'avoir pas besoin de recourir à une action *pétitoire* pour exercer son droit. Cette interprétation, qui paraît d'autant plus admissible que, dans le Fr. 6, § 1, D., *eodem*, tiré du même ouvrage, Ulpien se sert exactement des mêmes termes pour examiner la question de savoir à qui compètent les interdits possessoires (Cf. Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunt.* 39, 1), mérite certes d'être préférée à une interprétation qui implique violation d'un principe fondamental en matière de preuve.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 121, note 4.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 121, notes 8-12. — Nous avons à rappeler ici ce que nous avons dit au para-

pelons que le défendeur qui ne répond pas à l'action ou qui nie faussement l'usurpation de la servitude qu'on lui impute, perd la possession et se trouve réduit à prendre le rôle de demandeur [8].

Quoique les lois n'en parlent pas, rien ne paraît s'opposer à ce qu'on applique à l'action négatoire le principe de l'action Publicienne.

§ 138. *Des actions possessoires.*

Nous avons vu ci-dessus que le principe de la possession a été étendu aux servitudes sous le nom de *iuris* ou *quasi possessio*. Par suite de cette extension, on a également appliqué les interdits possessoires aux cas où quelqu'un exerce une servitude, abstraction faite de la question de savoir s'il a le droit de l'exercer. Toutefois, par suite des difficultés que la matière présente et que nous avons signalées au § 135, cette application n'a pu se faire d'une manière générale et absolue [1].

C'est aux servitudes personnelles que les interdits possessoires ont été appliqués de la manière la plus étendue. Cela s'explique aisément, car la quasi-possession de l'usufruit se manifeste de la même manière que la possession corporelle. C'est par ce motif que le préteur donnait *utiliter* [2] les interdits *Uti possidetis* et *Unde vi* pour protéger la possession de l'usufruit [3]. Dans le droit nouveau, les interdits ordinaires *retinendæ et*

graphe précédent, notes 4 et 9, des conséquences que l'indivisibilité des servitudes produit dans les actions qui se rapportent à cette catégorie de droits. Si le fonds, objet de l'usurpation d'une servitude, appartient à plusieurs (ci-dessus, note 2, A), chaque *codominus* a le droit d'intenter l'action négatoire *in solidum*, comme d'autre part, si le fonds en faveur duquel se fait l'usurpation appartient à plusieurs, l'action peut être intentée contre chacun d'eux *in solidum*; et, dans les deux hypothèses, le jugement agit en faveur et au préjudice de tous en ce qui concerne la constatation du droit (mais non pas en ce qui concerne les éléments personnels de la *condemnatio*). Fr. 31, § 7, D., *de negotiis gestis* 3, 5.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 136, notes 16. 17, et § 121, note 13.

[1] Les dispositions que nos sources renferment sont peu nombreuses et peu précises. Pour les servitudes personnelles, la question est assez simple. (*Voy.* les trois notes suivantes.) Mais elle est on ne peut plus controversée par rapport aux servitudes prédiales. Tandis que quelques auteurs appliquent les interdits ordinaires à *toutes* les servitudes (ci-après, note 18), d'autres n'admettent que les interdits particuliers, dont il sera question dans la dernière partie du paragraphe (ci-après, notes 9-17). Aucun de ces systèmes n'est exact; en présence de la pénurie des décisions de nos sources, qui ne nous permet guère d'affirmer des règles rigoureusement certaines, nous avons cru devoir nous contenter d'une théorie probable, assez conforme à celle qui a été exposée par DE SAVIGNY, *Traité de la possession*, §§ 45. 46.

[2] Il est probable que cette réforme remonte aux temps de la république; sans cela CICÉRON, *pro Cæcina*, 32. n aurait pu dire de Cæsennia qui n'était qu'usufruitière : « Cæsenniam possedisse propter usumfructum non negas ».

[3] *Vaticana fragm.* 90. « ... Si, usufructu legato, legatarius fundum nanctus sit, [non] competit [utile] interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum UTI POSSIDETIS utile hoc nomine proponitur [et] UNDE VI, quia non possidet. Utile... tali concipiendum est : *quod de his bonis legati nomine possides, quoque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, utereris fruereris*, etc. ». Voyez aussi les mêmes *Fragm.* 91. 93.

recuperandæ possessionis sont accordés indistinctement pour toutes les servitudes personnelles [4].

Le même motif se rencontre dans la plupart des servitudes prédiales, dont l'exercice consiste à avoir la jouissance d'un certain état de choses [5]. L'usage de ces servitudes ne saurait, en effet, être troublé que par un acte qui troublerait également la possession matérielle du fonds dominant, et l'on peut dire que la possession de la servitude est inhérente à la possession du fonds, comme le droit de servitude fait partie de la propriété du fonds en faveur duquel elle est constituée [6]. A l'égard de ces servitudes qui toutes sont urbaines, il est donc permis de dire que les interdits ordinaires *retinendæ possessionis* suffisent pour en protéger l'exercice : et il faut bien admettre que telle a été la manière de voir des Romains (sauf une création particulière pour le *ius cloacæ immittendæ*) [7], bien que nos lois soient presque muettes à ce sujet [8]. Les interdits *recuperandæ possessionis* ne peuvent jamais être employés, parce que le trouble

[4] Ils ne sont même plus qualifiés d'*utiles*. Fr. 12, § 2. Fr. 60, pr. D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 27 in f. D., *de donat.* 39, 5. — Fr. 3, § 13-17. Fr. 9, § 1. Fr. 10, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 4, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 2, pr. § 3, D., *de precario* 43, 26.

[5] A l'exception pourtant de certaines servitudes *quæ non faciendo consistunt*. Le voisin qui élève sa maison au delà d'une certaine hauteur peut, en effet, léser notre possession du *ius altius non tollendi*, mais il ne porte certes aucune atteinte à la possession matérielle de notre fonds. Arg. Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunt.* 39, 1.

[6] Quant au *droit* de servitude, ce propos s'applique à tous les *iura prædiorum* (*voy.* ci-dessus, § 132, note 2); mais quant à la *possession* de la servitude, il n'est vrai que pour les servitudes prédiales, dont l'exercice consiste *habendo*. C'est cette vérité de fait qu'exprime un texte du Digeste, tiré de Paul, Fr. 20, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. « Servitutes quæ in superficie consistunt, possessione (*scilicet* fundi vel superficiei) retinentur ». — Si l'on combine cette observation avec celle de la note précédente, on arrive à la conclusion que la protection ordinaire des interdits *recuperandæ possessionis* ne s'applique qu'aux servitudes urbaines continues et apparentes, comme dans le droit français d'aujourd'hui.

[7] *Voy.* ci-après, note 16.

[8] Le seul texte qui mentionne clairement un interdit possessoire pour la protection d'une *servitus habendi* est le Fr. 3, § 6, D., *uti possidetis* 43, 17. « Labeo quoque scribit : Ex ædibus meis in ædes tuas proiectum habeo; interdicis mecum : Uti eum locum possideamus, qui proiecto tegetur. An quo facilius possim *retinere possessionem eius proiectionis*, interdico tecum sic : Uti nunc possidetis eas ædes ex quibus proiectus est? » Un autre texte, invoqué en faveur de notre thèse, le Fr. 8, § 5, D., *si servitus vind.* 8, 5 « ... Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur. qualiter velit, suo uti, » peut s'entendre aussi bien, et même mieux, du possesseur qui veut maintenir la liberté de son fonds que de celui qui veut *fumum immittere*.— C'est à cause de cette pénurie de témoignages que beaucoup d'auteurs modernes ont contesté l'application des interdits possessoires, même aux *servitutes habendi*, en se fondant, en outre, sur le Fr. 3, § 5, D., *uti possidetis* 43, 17. « Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum *Uti possidetis* sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utrique esse *inutile*, quia alter solum possidet. alter cum ædibus superficiem ». Ce texte, dit-on, refuse formellement l'interdit *Uti possidetis* au possesseur d'une *servitus proiiciendi*, comme il refuse le même interdit au possesseur du fonds soumis à l'exercice de la servitude. Le même passage est également invoqué par les partisans de l'opinion d'après laquelle les interdits *retinendæ possessionis* ne seraient pas accordés du chef d'une simple lésion, mais exclusivement dans le cas où l'adversaire soutient être possesseur lui-même. Si cette manière de voir était fondée, le texte cité

le plus grave apporté à la servitude ne saurait avoir pour effet de nous déposséder de l'immeuble même.

Il n'en est pas ainsi des servitudes dont l'exercice suppose un acte positif de la part de celui qui les réclame et qui sont toutes rurales [9]. Les interdits ordinaires n'y seraient d'aucune utilité ; mais nous trouvons pour les cas les plus importants des interdits particuliers, dont la plupart paraissent être antérieurs aux interdits créés pour les servitudes personnelles, mais qui ne sont pas tous purement possessoires [10]. 1° L'interdit *de itinere actuque privato* est accordé à celui qui a exercé, comme lui appartenant et d'une manière non vicieuse, la servitude de passage au moins pendant trente jours de l'année qui a précédé le trouble. On peut également se servir d'un interdit à l'effet de faire les réparations nécessaires pour l'exercice du droit de passage ; mais, dans ce cas, on doit prouver l'existence de son droit et fournir caution du chef de tout dommage [11]. 2° Les interdits *de aqua quotidiana* et *de aqua æstiva* [12]. Ces interdits supposent qu'on a acquis la possession de bonne foi et en vertu d'un juste titre [13]. 3° L'interdit *de rivis reficiendis,* à l'effet de pouvoir curer et ré-

serait en effet incompatible avec la théorie des interdits possessoires, que nous avons adoptée ci-dessus, § 89; et c'est par ce motif que beaucoup d'interprètes changent, d'après l'autorité de Cujas, le mot *inutile* en *utile* ou *id utile.* Ce changement arbitraire nous paraît non-seulement inutile, mais encore absolument inadmissible. Oui, le jurisconsulte refuse dans l'espèce l'interdit *Uti possidetis* aux deux possesseurs; mais pourquoi? Par la raison bien simple qu'aucun d'eux n'a à se plaindre d'un *fait* de trouble commis par l'autre. Si mon voisin voulait *faire* une *proiectio* sur mon terrain, j'aurais certes contre lui l'interdit *Uti possidetis;* comme il l'aurait contre moi, si je *faisais* quelque chose contre sa *proiectio* existante. Mais HABERE *proiectionem* ne constitue point un *fait* de trouble. *Habere proiectionem* peut donner lieu à l'action négatoire, qui est une *in rem actio;* mais l'interdit possessoire exige, en sa qualité d'*actio in personam,* un *fait* posé par le défendeur. Or, pareil fait n'existe point dans l'espèce. Comment, d'ailleurs, l'édit qui promet le maintien de la possession telle qu'elle existe, *uti possidetis,* pourrait-il être invoqué, à l'effet d'obtenir un changement, par l'une ou l'autre des deux parties, dont *alter solum possidet, alter cum ædibus superficiem?* — Cette interprétation simple et naturelle nous paraît lever toute difficulté pour les *interdicta retinendæ possessionis,* tant à l'égard des choses corporelles qu'en ce qui concerne les servitudes réellement susceptibles de possession. Elle fait également disparaître la contradiction apparente entre ce § 5 et le § 6 qui suit immédiatement, et qui admet évidemment l'interdit à l'effet de *retinere possessionem proiectionis,* comme nous l'avons vu au commencement de cette note.

[9] Ces servitudes sont toutes rurales et non continues. Cf. ci-dessus, note 6 et § 132 *in fine.*

[10] *Voy.* ci-après, notes 11 et 13.

[11] Tit. D., *de itinere actuque privato* 43, 19, et spécialement les Fr. 1, pr. § 2. 3. 6. 7. 8. 9. 11. 12. Fr. 2. 3, pr. § 1. 10. 11. 13. Fr. 5, § 4. Fr. 6. 7, D., *eodem.* Cf. Fr. 2, § 2, D., *de interdictis* 43, 1.

[12] PAUL, V, 6, 9.—Tit. D., *de aqua quotidiana et æstiva* 43, 20, et spécialement Fr. 1, pr. § 10-14. 19. 20. 23-27. 31-36. Fr. 4. 6, D., *eodem.* – Fr. 1, § 1, D., *eodem.* « Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est, et pertinet ad aquam quotidianam ». — Les interdits *de aqua* peuvent être *duplicia,* quand les parties sont *rivales.* Fr. 1, § 26, D., *eodem.* « Si inter rivales (id est, qui per eundem rivum aquam ducunt) sit contentio de aquæ usu, utroque suum esse contendente : *duplex* interdictum utrique competit ».

[13] Fr. 1, § 10. 19. 43, D., *de aqua* 43. 20.

parer les conduits d'eau [14]. 4° Les interdits *de fonte* et *de fonte reficiendo purgando* [15]. 5° Enfin il y a des interdits particuliers, pour nous donner la possibilité de faire les réparations nécessaires à un cloaque qui se trouve sous le terrain d'autrui [16]. — Le but de tous ces interdits est d'obtenir protection dans l'exercice de la servitude qu'on possède et condamnation aux dommages et intérêts, s'il y a lieu [17].

En dehors des cas mentionnés ci-dessus, la simple possession d'une servitude ne jouit d'aucune protection légale [18]. Mais il va sans dire que le possesseur peut user de l'action confessoire directe ou Publicienne, ou bien des actions fondées sur les rapports qui résultent du droit de voisinage, si sa possession réunit les conditions particulières requises pour pouvoir employer ces moyens de droit [19].

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTABLISSENT.

§ 139. *Introduction historique.*

Le mode général d'établir une servitude d'après le droit civil était anciennement la *in iure cessio*, qui était un simulacre de l'action confessoire, comme la *in iure cessio* d'une chose corporelle était une revendication fictive [1]. — Pour les servitudes rurales, qui étaient *res mancipi*, on se servait aussi de la *mancipatio* [2]. — Enfin, quand on aliénait la propriété d'une chose, on pouvait s'en réserver l'usufruit, *per deductionem* [3]. Toute-

[14] Tit. D., *de rivis* 43, 21.

[15] Tit. D., *de fonte* 43, 22.

[16] Interdits prohibitoire et restitutoire, créations exceptionnelles, *ad publicam utilitatem spectantes*. Tit. D., *de cloacis* 43, 23.

[17] Fr. 3, § 17. Fr. 9, § 1, D., *de vi* 43, 16. – Fr. 1, pr. Fr. 3, § 3. 11, D., *de itinere* 43, 19. – Fr. 1, pr. § 23, D., *de aqua* 43, 20 et *passim*. *Voy.* aussi ci-dessus, § 89, c, et § 136, notes 11 sqq.

[18] Les auteurs qui appliquent les interdits possessoires à *toutes* les servitudes invoquent le Fr. 20, D., *de servitutibus* 8, 1, où Iavolenus, après avoir parlé de la possession des servitudes, conclut en disant : « Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt ». Mais il est évident que cette phrase signifie tout simplement qu'il y a *des* interdits quasi-possessoires, sans qu'il en résulte que *toutes* les servitudes soient munies de pareils interdits. La rédaction du Fr. 1, § 8, D., *quod legatorum* 43, 3, qu'on invoque également en faveur de cette opinion, n'est guère plus concluante ; il s'y agit, d'ailleurs, d'un *interdictum adipiscendæ possessionis*, c'est-à-dire d'une action qui n'est pas même possessoire. *Voy.* ci-dessus, § 88, notes 5 sq., et ci-après, t. III, § 424.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 136 *in fine*, et ci-après, t. II, § 283.

[1] GAIUS, II, 26. 29. 30. 32 sq. – ULPIEN, XIX, 11. – *Vaticana fragm.* 45. 47 sq. — Cf. Fr. 20, § 1. Fr. 21. 27, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 10. 14, D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 21, D., *si serv. vind.* 8, 5.

[2] GAIUS, II, 29. 31.

[3] Pouvait-on se réserver pareillement une servitude prédiale ? Il est difficile de trouver une raison qui ait pu s'y opposer; cependant nos sources n'en parlent pas, à moins qu'on ne suppose (ce qui, à la vérité, est très-vraisemblable) que les compilateurs du Digeste ont interpolé le passage d'AFRICAIN, Fr. 33, pr. D., *de S. P. R.* 8. 3. Le Fr. 3, D., *comm. præd.* 8, 4, n'est pas décisif, car il est extrait de GAIUS, *ad edictum provinciale*.

fois cette *deductio* n'était admise que quand le transfert de la chose se faisait par *mancipatio* ou par *in iure cessio*[4].

Aucun de ces modes civils ne pouvait servir entre étrangers ou à l'égard des fonds provinciaux. Dans ces hypothèses, on se bornait à faire une simple convention, à laquelle on ajoutait habituellement la promesse d'une peine en cas de contravention à la servitude, dans le but de constater que ce n'était point par pure tolérance que le propriétaire de la chose assujettie se soumettait à l'assujettissement de sa chose[5]. Pour garantir les servitudes ainsi constituées, les préteurs des provinces accordaient sans doute l'action confessoire, comme ils admettaient la revendication pour les fonds provinciaux[6]. Ils protégeaient d'une manière analogue la servitude établie par quelqu'un qui n'avait que la propriété bonitaire de la chose assujettie. Enfin, ils donnaient *utiliter* l'action confessoire, quand c'était le fermier vectigal ou superficiaire qui avait accordé une servitude sur le fonds qu'il tenait à bail. Dans tous ces cas, à la vérité, il n'y avait pas de *servitus iure civili constituta;* mais de fait on obtenait le même résultat *tuitione prætoris*[7].

Le préteur, tant à Rome que dans les provinces, accordait une protection semblable, toutes les fois que la servitude n'avait pas été établie d'après le droit civil, mais que l'une des parties l'avait exercée de bonne foi et que l'autre en avait toléré l'exercice. Cette tolérance était considérée comme une espèce de tradition transférant la quasi-possession de la servitude, que le préteur protégeait d'une manière analogue à la possession matérielle d'une chose, tant par les interdits que par l'action Publicienne[8].

[4] Gaius, II, 30-33. — Ulpien, XIX, 11. — *Vaticana fragm.* 47. 50. Ces derniers passages, tirés de Paul, contiennent diverses dispositions particulières sur cette matière. Cf. *Vaticana fragm.* 80, combiné avec Fr. 3, § 1, D., *de usufructu accrescendo* 7, 2.

[5] Gaius, II, 31. « ... Alioquin in provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive ius eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi ædes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest : quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt. »

[6] *Voy.* ci-dessus, § 92, notes 2 et 6. C'est bien gratuitement que l'on a soutenu qu'il n'avait pas été possible de constituer des servitudes sur le fonds provincial, et que les *pacta* dont parle Gaïus n'auraient fait naître qu'une simple obligation. On se convaincra du contraire en suivant attentivement le développement historique de cette matière et en lisant la constitution d'Alexandre Sévère. L. 3, C., *de servitutibus* 3, 34, qui est on ne peut plus explicite. Cf. Gaius, Fr. 3, D., *communia prædiorum* 8, 4.

[7] *Vaticana fragm.* 61 (Fr. 1, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4). « ... Et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione prætoris : proinde, licet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie, non sit iure constitutus, capitis minutione amittitur ». — Fr. 12, § 2. 3, D., *de Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 25, § 7, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 1, § 6. 9, D., *de superficiebus* 43, 18. — Il en a dû être de même d'une servitude constituée par adjudication dans un *iudicium imperio continens*. *Voy.* ci-après, § 141, note 2.

[8] *Vaticana fragm.* 61 (Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4) à la note précédente. — Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 25, § 7, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 3, D., *si ususfr. petetur* 7, 6. — Fr. 9, § 1, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9. — Fr. 20, D.,

Dans le droit nouveau, les anciens modes sont tombés en désuétude et remplacés par la simple convention, qui de tout temps avait été employée dans les provinces [9]. Dès lors l'usage de l'action Publicienne a dû pevenir moins fréquent. Cependant elle est toujours utile, non-seulement quand une servitude a été établie en notre faveur par quelqu'un qui n'est pas propriétaire de la chose assujettie; mais encore quand, par un motif quelconque, nous voulons éviter de fournir la preuve de la propriété de notre auteur [10].

Après ces observations préliminaires, nous passerons en revue les divers modes de constitution de servitudes, tels qu'ils se trouvent dans le droit de Justinien.

§ 140. *Par convention ou par disposition de dernière volonté.*

Toutes les servitudes peuvent être établies par disposition de dernière volonté; mais il est dans la nature des choses que ce mode soit plus usité à l'égard des servitudes personnelles. Nous réservons les détails pour la fin du livre cinquième, où il sera traité des legs et des fidéicommis [1].

Dans le droit nouveau, toute servitude peut également s'établir par convention entre le propriétaire de la chose assujettie et la personne en faveur de laquelle le droit se constitue. Celui qui veut accorder une servitude doit être propriétaire de la chose sur laquelle elle va être établie, et avoir la capacité de disposer de cette chose de la manière dont il le fait [2]. Par extension, on a accordé à l'emphytéote et au superficiaire le droit d'établir des servitudes; mais il va sans dire que ces droits s'éteignent de plein droit à la fin de l'emphytéose et de la superficie [3]. Quand il s'agit d'une servitude prédiale, il faut naturellement que celui qui veut l'acquérir ait la propriété du fonds en faveur duquel le droit doit être constitué [4]. — De l'indivisibilité des servitudes [5], il résulte qu'une chose

de servitut. 8, 1. — Fr. 1, § 2, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 10, pr. Fr. 16, D., *si servit. vindic.* 8, 5. — Fr. 1, § 9, D., *de superficiebus* 43, 18. — Fr. 29, D., *de usu et usufr. per legatum datis* 33, 2.

[9] *Voy.* le paragraphe suivant, notes 17 et suivantes.

[10] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2, et ci-dessus, § 122, note 7, ainsi que § 136 *in fine*.

[1] *Voy.* ci-après, t. III, § 432.

[2] Fr. 1, § 1. Fr. 6, pr. 8, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 11, § 1, *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6. — Fr. 105, D., *de condicionibus et demonstrationibus* 35, 1.

[3] *Voy.* ci-dessus, § 139, note 7, et ci-après, §§ 147 et 152.

[4] § 3, I., *de servitutibus* 2, 3. — Fr. 1, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. Cf. Fr. 5. 6, pr. D., *eodem*; Fr. 15, § 7, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 1, § 9, D., *de superficiebus* 43, 18. — *Voy.* cependant ci-après, note 15.

[5] Comme l'usufruit est divisible (ci-dessus, § 126, note 19), les règles que nous allons exposer ne s'appliquent point à la constitution de ce droit.

appartenant à plusieurs personnes en commun ne peut être grevée de servitudes sans le consentement de tous les copropriétaires [6]. De même, aucune servitude ne peut être établie en faveur d'un fonds commun, à moins que tous les copropriétaires n'aient concouru à l'acte de constitution [7]. Enfin, comme personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose, il est encore évident que le copropriétaire ne peut acquérir une servitude sur le fonds commun, ni en imposer à son fonds au profit du fonds commun [8]. — La convention constitutive d'un droit de servitude n'est soumise à aucune formalité ; il suffit que les parties manifestent l'intention d'ériger en droit de servitude tel pouvoir, compris dans la notion de la propriété [9]. Cette intention n'a pas besoin d'être exprimée *in terminis :* elle peut résulter implicitement d'une disposition quelconque prise à l'égard de la chose qu'il s'agit de grever [10] ; mais il faut que les circonstances ne

[6] Fr. 2, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 10, pr. D., *de aquæ pluv. arc. act* 39, 3. – Cf. Fr. 6, § 1. 3, D., *communia prædiorum* 8, 4. D'après la rigueur des principes, l'acte par lequel un seul ou quelques-uns des copropriétaires consentiraient une servitude sur le fonds commun est absolument nul comme constitutif de servitude, *nihil actum est* (cependant ceux qui auraient consenti ne seraient pas admis à s'opposer à l'exercice des pouvoirs qu'ils se sont obligés à tolérer. Fr. 11, D., *de S. P. R.* 8, 3). Dès lors, il n'y aurait non plus rien de fait, quand même, dans la suite, les autres *codomini* donneraient leur consentement. Cependant, par des motifs d'équité, on a admis que, dans cette hypothèse, la servitude prendra naissance au moment du dernier consentement donné, pourvu que, à ce moment, il y ait *res integra,* c'est-à-dire que le consentement de tous et les conditions requises pour la création de la servitude aient continué de subsister sans interruption, depuis le premier consentement jusqu'au dernier. Fr. 11, D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 6, § 2. Fr. 18, D., *communia prædiorum* 8, 4. La même faveur n'a pas été accordée à la constitution d'une servitude par disposition de dernière volonté. Fr. 18, D., *cité,* et ci-après, t. III, § 432.

[7] Fr. 8 in f. Fr. 11, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 5. 6, § 1. Fr. 18, *verb.* Idem iuris est D., *comm. præd.* 8, 4. – Fr. 5, D., *de servitute legata* 33, 3. *Voy.* l'explication de ce fragment ci-après, t. III, § 432, A, *in fine.* – Cf. Fr. 2, D., *eodem,* et Fr. 19, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Ce que nous avons dit à la note précédente, sur les conséquences qui résultent rigoureusement de ces principes et sur l'interprétation favorable qui a fini par prévaloir dans les constitutions par acte entre-vifs, s'applique également à notre hypothèse. Fr. 18, D., *comm. præd.* 8, 4. – Fr. 5, D., *de servitute legata* 33, 3, et ci-après, t. III, § 432, A *in fine.*

[8] Fr. 6, § 3, D., *comm. prædiorum* 8, 4. – Fr. 8, § 1, D., *de servit.* 8, 1... « Si prædium tuum mihi serviat, sive ego partis prædii tui dominus esse cœpero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, *licet ab initio per partes adquiri non poterit* ». Cf. ci-après, § 144, note 14. — Il va de soi que le copropriétaire d'un fonds, en aliénant sa part, peut consentir, sur un autre fonds qui lui appartient, des servitudes en faveur de l'acquéreur ou bien en faire consentir par celui-ci. Fr. 32, D., *de S. P. R.* 8, 3.

[9] Pour ne laisser aucun doute sur l'intention sérieuse d'établir un droit de servitude, les parties avaient l'habitude d'ajouter à leur convention des stipulations de garantie usitées en matière de vente, ce qui constatait suffisamment l'intention du constituant d'*aliéner* en faveur de l'acquéreur les pouvoirs compris dans la servitude qu'il s'agissait de créer. Fr. 20, D., *de servitutibus* 8, 1, ci-dessus, § 135, note 12.— Fr. 19, D., *de usufructu* 7, 1.–Fr. 33, pr. Fr. 36 in f. D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 25, § 12, D., *famil. ercisc.* 10, 2. – Fr. 3, § 2, D., *emti* 19, 1. – Fr. 2, § 5. Fr. 4, § 1. Fr. 38, § 6. 10-12. Fr. 49, § 1. Fr. 75, § 7. Fr. 85. 65. 111. 130. 131. pr. D., *de verborum obligationibus* 45, 1. — Cf. ci-après, note 17.

[10] Fr. 10, D., *de religiosis* 11, 7. – Fr. 20, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 1, D., *de ser-*

laissent aucun doute sur l'intention, car l'établissement d'une servitude implique aliénation, et les aliénations ne se présument pas [11]. La réserve d'un droit de servitude, que fait le propriétaire en aliénant sa chose, *deductio*, et l'octroi de pareil droit qu'il fait en faveur de l'acquéreur à la même occasion, sont à tous égards valables et efficaces, pourvu que les conditions requises pour l'existence du droit qu'il s'agit de créer se trouvent réunies dans l'espèce [12]. — Nous avons vu ci-dessus que la constitution d'une servitude prédiale n'admet ni condition ni terme [13] : il importe de rappeler à ce propos que cette prohibition ne concerne que la condition et le terme proprement dits, et qu'elle ne s'étend point aux faits qui constituent des éléments essentiels du droit à créer [14]. Ainsi rien ne s'oppose à ce que nous nous fassions concéder une servitude urbaine en faveur d'un bâtiment qui n'existe point encore ou un droit d'aqueduc pour un cours d'eau à découvrir, bien que dans ces hypothèses l'érection du bâtiment, la découverte de l'eau semblent constituer des conditions de l'existence de notre droit [15].

C'est une question fortement controversée parmi les interprètes modernes, que celle de savoir si la simple convention suffit pour constituer une servitude, ou s'il faut, de plus, une quasi-tradition du droit de la part de

vitute legata 33, 3. – Cf. Fr. 81, § 3, D., *de legatis I* (30). Les trois derniers textes traitant de servitudes laissés par legs, c'est-à-dire par un genre de disposition qui est toujours jugé avec une faveur exceptionnelle (ci-après, t. III, § 389), on ne peut appliquer qu'avec une grande réserve les solutions favorables qu'ils renferment. Cf. la note suivante.

[11] Cf. ci-dessus, § 34, note 23 et § 37, notes 5-8. De ce principe résultent entre autres les conséquences suivantes : 1° Le droit romain n'admet point la présomption que le Code Napoléon, aux art. 692-694, désigne par le terme : « destination du père de famille », et d'après laquelle, dans le cas où le propriétaire de deux héritages, sur lesquels il existe un signe apparent de servitude continue, dispose de l'un des héritages, la servitude apparente existe désormais réellement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. *Voy.* Fr. 30, pr. D., *de S. P. U.* 8. 2, ci-après, § 144, note 12. (Si le Fr. 31, D., *de S. P. R.* 8. 3, contient une solution contraire à celle du Fr. 30, pr. D., *cité*, la cause de cette différence est indiquée dans le texte même.) – Fr. 7. 10, D., *communia prædiorum* 8, 4. Dans les Fr. 36, D., *de S. P. R.* 8. 3, et Fr. 47, *verb.* Binarum ædium D., *de damno infecto* 39, 2, il y a constitution expresse de servitude. — 2° Si un fonds dominant, appartenant à Gaius et à Titius, est partagé de façon que la parcelle attribuée à Titius se trouve dans une position telle, que Titius ne puisse exercer la servitude qu'en usant de la parcelle de Gaius, par exemple en passant par là (ce qui se faisait avant le partage), cette circonstance ne suffit pas pour grever cette dernière d'une servitude de passage. Si Titius veut avoir ce droit, il faut qu'il se le fasse constituer. Fr. 23, § 3, D., *de S. P. R.* 8, 3. Cf. ci-après, § 144, note 4.

[12] *Voy.* ci-dessus, § 139, notes 3. 4, et Fr. 32. 36, § 1. Fr. 54, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 1. § 4. Fr. 3, § 1, D., *de usufr. accrescendo* 7, 2. – Fr. 19, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 17, § 3. Fr. 34. 35-37, D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 29-32. 33, pr. Fr. 36, D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 3. 5-8. 10, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 19, pr. D., *quemadmodum servit. amitt.* 8, 6. – Fr. 126, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 132, n° 4.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 36, note 1.

[15] *A*) Fr. 23, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2. « Futuro quoque ædificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest ». – Fr. 10, D., *de S. P. R.* 8, 3. « ... Nondum ædificato ædificio servitutem constituere ». — *B*) Fr. 10, D., *de S. P. U.* 8. 2. « Labeo ait, talem servitutem constitui

celui qui accorde la servitude [16]. Nous pensons que la simple convention suffit. En effet, les passages du droit de Justinien qui traitent de l'établissement des servitudes se bornent à exiger cette manifestation de la volonté des parties, sans faire mention de la tradition [17]. D'ailleurs, le développement inévitable des institutions devait amener ce résultat [18]. A l'époque où l'on distinguait entre fonds italiques et fonds provinciaux,

posse *ut aquam quærere et inventam ducere liceat...* ». — Fr. 15, pr. in f. D., *de servit.* 8, 1. — Fr. 21, D., *si serv. vind.* 8, 5. « ... Cedi potest, ut aquam quærere *et inventam ducere liceat* ». Dans ces hypothèses, le droit est acquis dès le moment de la convention avenue : notamment l'acquéreur pourra se servir de l'action confessoire à l'effet de faire les travaux nécessaires à la recherche de l'eau. Il n'en est pas de même de l'hypothèse du Fr. 32, D., *de S. P. R.* 8, 3. « ... utpote cum in id tempus adquiratur, quo proprius meus fundus futurus sit ».

16 Sur les détails de cette controverse, l'on peut consulter, entre autres, la *Chrestomathie* de Blondeau, p. 413, et l'ouvrage de Pellat, *Exposé des principes généraux*, etc., p. 62 sqq., où l'opinion contraire à la nôtre est défendue avec force et avec talent.

17 (Gaius II, 31, ci-dessus, § 139, note 5) § 4, I., *de servitutibus* 2, 3. « Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet », et Théophile *ad h. l.* « ... τοῦτο δύναται ποιεῖν. » — § 1, I., *de usufructu* 2, 4. « Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet », et Théophile *ad h. l.* « ... τοῦτο ὀφείλει ποιεῖν. » — Fr. 3, pr. Fr. 25, § 7, D., *de usufructu* 7, 1. — Cf. Fr. 33, § 1. Fr. 36, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 3, § 2, D., *emti* 19, 1. — L. 14, C., *de servitutibus* 3, 34. — L. 12, § 1. 3, 4, C., *de ædificiis privatis* 8, 10. — Les textes transcrits ci-dessus disent : *pacta* et *stipulationes*. Le mot pacta aurait suffi ; car les *stipulationes* dont il s'y agit sont tout simplement des promesses de garantie que les parties ajoutent dans le but de constater l'intention sérieuse d'établir une servitude, afin que le promettant ne puisse point soutenir dans la suite qu'il avait laissé jouir l'acquéreur par pure tolérance. *Voy.* la formule donnée par Théophile *ad* § 4, I., *de servitutibus*, et ci-dessus, note 9. Aussi, bien que ces stipulations fussent fort usitées, et pour ainsi dire de style dans notre matière, elles n'étaient pourtant pas indispensables, et nous trouvons plus d'un exemple de pactes constitutifs de servitudes sans stipulation de peine. Fr. 80, § 1. D., *de contrah. emtione* 18, 1. — Fr. 12, D., *de pignoribus* 20, 1. — L. 14, pr. C., *de servit.* 3, 34. — L. 12, § 4, *verb.* Hæc autem C., *de ædif. privatis* 8, 10. *Voy.* aussi les Fr. 25, § 7, D., *de usufr.* 7, 1, et Fr. 17, D., *de stipul. servorum* 45, 3, où le mot *stipulari* est évidemment employé dans un sens général, comme synonyme de *pacisci, convenir.* — Il faut se garder, au reste, de confondre les stipulations de garantie, ajoutées aux pactes constitutifs de servitudes, avec les stipulations contenant promesse de constituer une servitude. Ces dernières engendrent tout simplement une obligation et n'exigent point la réunion des conditions requises pour l'existence actuelle d'une servitude. Fr. 19, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 25, § 9. 10, D., *famil. ercisc.* 10, 2. « ... Viam et is *promittere* potest, qui fundum non habet... ». — Fr. 3, pr. D., *de oblig. et act.* 44, 7, à la note suivante. — Fr. 98. 136, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. Fr. 11. 17, D., *de servitutibus* 8, 1.

18 L'argument qu'on veut tirer contre nous du Fr. 3, D., *de act. et obl.* 44, 7, n'a rien de sérieux : il repose sur une confusion d'idées qu'on évite, en tenant compte de la considération par laquelle nous avons terminé la note précédente. — Pellat, *l. l.*, p. 65, nous oppose le Fr. 33, § 1, D., *de S. P. R.* 8, 3, que nous avons, dans la note précédente, invoqué en notre faveur; mais son argumentation n'est point concluante. Il est à remarquer, en effet, que le droit que nous exerçons à l'égard des *plures per quorum prædia aquam ducimus* n'est pas la servitude rurale *aquæ ducendæ*, mais le droit d'avoir sur leurs fonds des tuyaux ou canaux de conduite. (*Voy.* ci-dessus, § 132, note 19.) Le *haustus* que nous leur accordons ne frappe donc rien qui soit à eux, mais l'eau qui est à nous. Aussi le jurisconsulte, en concluant : *quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest*, veut-il dire, non pas « que sa décision déroge aux deux principes qu'il énonce », mais « que ces deux principes sont sans application à l'espèce ».

la simple convention était le mode ordinaire d'établir une servitude sur ces derniers [19]. Le droit de Justinien, qui ne connaît plus de fonds italiques, a dû évidemment généraliser le mode le plus libre. L'opinion contraire repose presque uniquement sur la supposition gratuite que le transfert des droits réels exige la tradition comme une condition essentielle et fondée dans la nature même des choses. Nous avons cherché à établir ci-dessus, § 105, qu'il n'en est rien, et que ce n'est qu'en abandonnant la bonne voie tracée par le droit originaire que les Romains, sous l'influence du droit provincial, ont été amenés à admettre la tradition comme mode général de transfert de la propriété. Rien ne prouve qu'on ait suivi les mêmes errements à l'égard des *iura in re* [20]; bien au contraire, si nous faisons abstraction de la controverse qui nous occupe, il est permis d'affirmer qu'il n'est pas un seul de ces droits dont l'acquisition exige une quasi-tradition. Ainsi l'emphytéose, qui ne diffère des servitudes que parce qu'elle renferme des droits plus étendus, s'établit par simple convention, et il en est de même de la superficie et du droit d'hypothèque [21]. Ceux qui soutiennent la nécessité de la quasi-tradition s'appuient à la vérité sur plusieurs passages de nos sources. Mais, de ces textes, les uns mentionnent simplement la tradition comme un fait indifférent, les autres se rapportent à l'acquisition de la quasi-possession d'une servitude, et particulièrement à l'action Publicienne, qui suppose la possession de bonne foi du droit qu'on réclame [22]. — Au reste, dans l'opinion que nous combattons, on est forcé d'introduire tant d'exceptions, que la règle qu'elle établit devient illusoire. D'abord il est incontestable que celui qui aliène une chose peut se réserver un droit de servitude sur cette chose sans qu'il soit question de quasi-tradition du

[19] *Voy.* ci-dessus, § 139, notes 5 et suivantes.

[20] Ce n'est pas qu'on ait suivi à l'égard de ces droits une voie meilleure (à cet effet, il aurait fallu conserver, tout en les perfectionnant, les anciens modes de la *mancipatio* et de la *in iure cessio*, comme nous l'avons montré ci-dessus, § 105); — mais la voie qu'on a suivie est *autre* : au lieu de la tradition, on a adopté la simple convention.

[21] *Voy.* ci-après, §§ 150. 152. 156.

[22] Fr. 11, § 1, D., *de Publ. actione* 6, 1. – Fr. 25, § 7. D., *de usufructu* 7, 1. – (*Vaticana fragm.* 61) Fr. 1, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4, ci-dessus, § 139, note 8. –Fr. 5, D., *si ususfr. petetur* 7, 6. – Fr. 1, § 2. Fr. 33, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 16, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — On objecte en vain que, pour être conséquent, nous ne devrions plus exiger la possession pour l'action confessoire Publicienne, puisque nous accordons la Publicienne pour les choses corporelles sans possession préalable dans les hypothèses où la propriété s'acquiert sans tradition, ci-dessus, § 122, notes 14. 15. Cette objection n'est pas concluante. En effet, de ce que la jurisprudence a exceptionnellement admis cette application de la Publicienne en faveur du légataire et de certaines autres personnes pour les choses corporelles, il ne s'ensuit point qu'elle l'ait étendue de même par rapport aux servitudes, matière dans laquelle la Publicienne a eu, dès l'origine, pour base, non pas la possibilité d'acquérir le droit (par usucapion), mais uniquement la *possessio ex iusta causa.* Ajoutons surabondamment que du temps des jurisconsultes classiques, l'établissement des servitudes par simple convention n'était point admis *iure civili.*

droit [23]. Ensuite une quasi-tradition ne peut même être imaginée ni à l'égard des servitudes négatives, qui consistent à ne pas faire, ni pour celles dont l'exercice dépend d'une éventualité future; de sorte qu'on se trouve obligé d'admettre que, pour ces servitudes au moins, la simple convention suffit, ou bien de soutenir qu'elles ne peuvent en aucune manière être constituées entre-vifs par la volonté des parties. Or, ce dernier soutenement est inadmissible et il est, de plus, expressément contredit par des décisions formelles, en ce qui concerne les servitudes de la dernière catégorie [24]. Ces considérations suffiraient pour justifier la règle d'après laquelle la simple convention est efficace pour l'établissement de toutes les servitudes, si, d'ailleurs, elle ne se trouvait exprimée dans nos sources d'une manière aussi précise que générale [25].

§ 141. *Par adjudication.*

Dans les actions en partage, le juge peut établir en faveur de l'un des copartageants une servitude sur la chose qu'il adjuge à l'autre [1]. Le droit romain lui laisse à cet égard une grande latitude [2]. Ainsi, dans le partage des successions, il pourra, le cas échéant, accorder à l'une des parties la propriété, à l'autre l'usufruit d'une chose à partager [3]. Quand il s'agit de partager un fonds, il est souvent nécessaire d'accorder à l'un des copropriétaires un droit de passage, d'aqueduc, etc., sur le terrain adjugé à l'autre [4]. Après le prononcé du jugement de partage, le juge, étant dessaisi du procès, n'a plus qualité pour imposer des servitudes [5].

Observation. Des commentateurs ont soutenu que, même en dehors des actions en partage, l'autorité judiciaire peut imposer à un fonds la servitude de passage en faveur d'un fonds enclavé et qui n'a aucune issue sur la voie publique. Mais le texte sur lequel cette opinion s'appuie ne parle même pas d'une servitude [6]; dans tous les cas, il contient une disposition

[23] *Voy.* ci-dessus, note 12.

[24] *Voy.* ci-dessus, note 15.

[25] *Voy.* ci-dessus, notes 17 sq. et § 139, notes 5 et 6.

[1] Fr. 22, § 3, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. – Fr. 18, D., *comm. divid.* 10, 3. « Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia *ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere iudex non potest* ».

[2] *Voy.* ci-après, t. II, § 278. — Anciennement le droit n'était *iure constitutum* que dans un *iudicium legitimum;* mais le préteur protégeait sans doute les servitudes imposées à la suite d'un *iudicium imperio continens. Vaticana fragm.* 47. – Fr. 44, § 1, D., *famil. ercisc.* 10, 2. *Voy.* ci-dessus, § 109, note 5 et § 139, note 7.

[3] Fr. 6. § 1, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 16, § 1. 2, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. – Fr. 6, § 10. Fr. 18, D., *communi dividundo* 10, 3.

[4] Fr. 7, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3.

[5] Fr. 22, § 3, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.

[6] Fr. 12, pr. D., *de religiosis* 11, 7. « Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non

tout à fait exceptionnelle qu'on ne saurait étendre [7]. D'ailleurs, le besoin des servitudes de passage se faisait moins sentir chez les Romains, parce que les champs étaient en général séparés par un espace libre de cinq pieds et qu'on avait l'habitude, dans les assignations et arpentages, de réserver un passage aux terres enclavées[8].

§ 142. *Par usucapion.*

Dans l'ancien droit, la jurisprudence paraît avoir cherché à appliquer l'usucapion aux droits de servitude. Mais la loi *Scribonia* abolit d'une manière générale ce mode d'acquérir les servitudes [1].

Cette loi ne se rapportait point aux fonds provinciaux, sur lesquels on n'avait jamais pu acquérir un droit par usucapion. On y appliquait le principe de la *longi temporis præscriptio*, du moins en ce qui concernait les servitudes prédiales. L'usage d'une servitude continuée pendant dix ou vingt ans ne donnait pas, à la vérité, le droit de servitude d'après le *ius civile;* mais le préteur en protégeait l'exercice soit au moyen d'une exception, soit même au moyen d'une action confessoire utile. De fait, la *longi temporis præscriptio* était donc un moyen d'acquérir les servitudes prédiales dans les provinces, comme l'usucapion l'avait peut-être été d'une manière plus générale avant la loi *Scribonia* [2]. — Enfin, après la fusion des deux

habeat, et a vicino ire prohibeatur, Imperator Antoninus cum patre rescripsit, *iter ad sepulcrum peti precario et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adiunctum habeat rel.* ». Il est vrai que nous lisons au Fr. 14, § 1, D., *de servitutibus* 8, 1. « Servitus itineris ad sepulcrum privati iuris manet... » Mais le mot *servitus* est ici employé abusivement : le passage conduisant à un tombeau ne saurait, en effet, constituer ni une *servitus personæ* ni un *ius prædii.*

[7] En faveur de l'extension, on s'est prévalu de Siculus Flaccus, *Gromatici*, p. 146, 14 sqq. (p. 9 Goës.). Il est vrai que les termes dont l'auteur se sert paraissent s'y prêter ; mais l'analogie des aqueducs, qui est mentionnée aux lignes 19 et 20, prouve suffisamment qu'il s'agit dans tout ce passage de servitudes volontairement concédées.

[8] *Voy.* ci-dessus, § 95, note 16, et Siculus Flaccus, *cité* à la note précédente, qui conclut, en disant : « Ad omnes autem agros semper iter liberum est ».

[1] Fr. 4, § 29, D., *de usurpationibus* 41, 3. « Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat, non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata servitute ». — Les motifs qui s'opposent à ce que l'usucapion soit appliquée d'une manière générale aux droits de servitude sont exposés par Paul, au Fr. 14, pr. D., *de servit.* 8, 1. *Voy.* aussi le Fr. 43, § 1, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1, et ce que nous avons dit sur la possession des servitudes, ci-dessus, § 133, particulièrement aux notes 3 sqq. Pour l'intelligence de la loi *Scribonia*, qui date peut-être de la fin de la république ou du commencement de l'empire, il faut encore lire le Fr. 10, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3. « Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam (*al.* numquam) longo tempore capi possint, cum ædificiis possint », dans lequel les mots *longo tempore capi* sont évidemment une interpolation de Justinien pour *usu capi.* — Le passage de Paul, I, 17, 2, que l'*Interpretatio Visigoth.* entend d'une *usureceptio servitutis*, appartient probablement à un autre ordre d'idées. *Voy.* ci-après, § 145, note 1.

[2] *Diuturnus usus, longa quasi possessio, longi temporis consuetudo.* Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. — Fr. 1, § 22. 23, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. — Fr. 5, § 3, D., *de itinere* 43, 19. — L. 1. 2, C., *de servitutibus* 3, 34.

institutions, Justinien appliqua la *longi temporis præscriptio* indistinctement à toutes les servitudes, tant prédiales que personnelles [3].

Dans le droit nouveau, l'usucapion ou la prescription est donc un mode d'acquérir les servitudes. Pour pouvoir l'invoquer, nous devons réunir les conditions suivantes : 1° Il faut quasi-possession de la servitude, c'est-à-dire, il faut que nous l'ayons exercée comme un droit à nous appartenant [4]. — 2° La possession doit avoir une juste cause [5], c'est-à-dire que nous devons avoir commencé l'exercice de la servitude d'une manière non vicieuse et dans des circonstances telles, que nous ayons pu nous croire en droit de l'exercer [6]. Cette condition implique la bonne foi dans le chef de l'*usucapiens* [7]; mais nos lois ne mentionnent point ici, comme dans l'usucapion des choses corporelles, la nécessité d'un titre en vertu duquel la possession ait été acquise [8] : c'est que l'exercice loyal et public de la servitude, joint à la *patientia* de la chose assujettie, suffit pour donner à la possession une juste cause [9]. — 3° L'exercice de la servitude

[3] L. 12, C., *de præscriptione longi temporis* 7, 33. On a contesté que Justinien ait étendu la *longi temporis præscriptio* aux servitudes personnelles ; mais les termes de la loi citée paraissent trop précis pour qu'il soit permis d'en douter : « Eodem observando etsi res non soli sint, veluti ususfructus et ceteræ servitutes ». — Toute cette matière est, au reste, fort obscure, par la raison que, ayant été exclue du *ius civile* par la loi *Scribonia*, elle n'a presque pas été soumise aux travaux des jurisconsultes, de manière que la législation impériale s'est trouvée réduite à ses seules lumières.

[4] Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 25, D., *quemadm. serv. amitt.* 8, 6. – Fr. 1, § 23, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. – Fr. 1, § 6. 7. Fr. 3, § 4. Fr. 5, § 3. Fr. 7, D., *de itinere* 43, 19.— L. 1, C., *de servit.* 3, 34. — *Voy.* aussi ci-dessus, § 133, notes 8 et suivantes.

[5] L. 12, C., *de præscript. longi temporis* 7, 33. « ... Bono initio possidentis... ». – Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. « Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione ius aquæ ducendæ nanctus sit, non est ei necesse docere de iure quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse ». – L. 1, in f. C., *de servit.* 3, 34. Cf. Fr. 1, § 10. 19, D., *de aqua* 43, 20.

[6] Cela ne peut guère arriver que dans les deux hypothèses suivantes : 1° La servitude est constituée en notre faveur par quelqu'un qui n'est pas propriétaire de la chose assujettie, mais que nous croyons tel. 2° Nous acquérons la propriété (ou bien la *b. f. possessio*) d'un fonds de quelqu'un qui se trouve en possession de la servitude et qui nous transmet le fonds avec cette possession ou bien qui nous affirme l'existence de la servitude. En vertu de cette acquisition nous exerçons ensuite la servitude comme nous appartenant.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 110, n° 4 et § 111, n° 3, et Arg. Fr. 25, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.— Fr. 1, § 10, D., *de aqua* 43, 20. — Au reste, pas plus dans notre matière que dans l'usucapion des choses corporelles, l'*usucapiens* n'a besoin de prouver sa bonne foi : elle se présume comme une suite naturelle de la *iusta causa*. *Voy.* les deux notes précédentes.

[8] *Voy.* les textes des notes 3. 4. 5, et surtout Fr. 10, pr. D., *si servitus vind.* 8, 5. – Fr. 1, § 23, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. – L. 1. 2, C., *de servit.* 3, 34. Cf. Fr. 3, § 3, D., *de itinere* 43, 19. — Nous avons cherché à établir ci-dessus, § 113, Observation, que le *iustus titulus* n'est pas une condition de l'usucapion, *découlant nécessairement de la nature des choses*. Si la jurisprudence l'avait exigé pour l'acquisition des servitudes, elle aurait rendu impossible cette acquisition dans tous les cas compris dans la seconde des deux hypothèses que nous avons indiquées ci-dessus, note 6.

[9] Il est, en effet, très-difficile, pour ne pas dire impossible, qu'une servitude puisse être exercée *nec vi nec clam nec precario*, sans que la personne qui a intérêt à défendre la liberté du fonds

doit avoir été continué d'une manière non vicieuse, *nec vi nec clam nec precario,* sans interruption pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents [10]. La possession peut être interrompue de différentes manières. Dans les servitudes négatives, *quæ non faciendo consistunt,* il y a interruption par cela seul que l'état de choses conforme à la servitude a été changé d'une manière quelconque [11]; dans les servitudes affirmatives, *quæ patiendo consistunt,* il faut en général un acte contraire de la part du propriétaire de la chose sur laquelle la servitude s'exerce [12]. Dans tous les cas, la protestation ou l'opposition de ce dernier aura pour effet d'interrompre l'usucapion de la servitude [13]. — L'*accessio possessionis* a également lieu dans l'usucapion des servitudes [14]. — Dans les hypothèses où l'usucapion n'est pas admissible, il faut possession continue pendant trente ou quarante ans [15].

Observation. Nous lisons dans quelques passages que celui qui a exercé une servitude d'aqueduc pendant un temps immémorial doit être maintenu dans cet exercice [16]. Cette disposition particulière a donné lieu à la théorie de la prescription immémoriale, qui a joué un très-grand rôle pendant le moyen âge. Les glossateurs, et après eux la plupart des commentateurs, distinguaient les servitudes continues et les servitudes discontinues, et soutenaient que pour l'acquisition des premières la prescription ou l'usucapion ordinaire suffisait, tandis qu'ils exigeaient la prescription

servant en soit instruite. La *patientia* de cette personne constitue donc une présomption en faveur de la légitimité de l'exercice. Il ne faut, au reste, point perdre de vue, qu'il n'y a pas que le *propriétaire* du fonds servant qui soit intéressé à défendre la liberté du fonds : c'est même plutôt le *possesseur* qui a l'intérêt le plus direct à empêcher des usurpations actuelles. C'est pourquoi, dans notre texte, nous avons dit « *patientia* de la chose assujettie » et non pas « *patientia* du *propriétaire* de la chose assujettie ». Car il n'est point nécessaire que ce dernier ait eu connaissance personnelle de l'exercice de la servitude. Quelques auteurs ont, à la vérité, soutenu le contraire à cause des mots *eo sciente,* qui se trouvent dans la L. 2, C., *de servit.* 3, 34; mais cette conclusion ne peut être admise par des raisons que nous exposerons ci-après, t. II, § 203, note 10, en expliquant la L. 5, C., *de his quæ vi* 2, 20, qui présente une rédaction analogue. Cependant il faut peut-être faire une exception dans le cas où la servitude aurait été constituée en notre faveur sur un immeuble par un possesseur de mauvaise foi. *Voy. Nov.* 119, c. 7, et ci-dessus, § 113, note 7.

[10] Paul, V, 5 a, 8. – Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 1, § 10, D., *de aqua* 43, 20. – L. 1. 2, C., *de servit.* 3, 34. – L. 12, C., *de præscr. longi temp.* 7, 37.

[11] Fr. 6, D., *de S. R. U.* 8, 2. – Fr. 6, § 1, D., *si servitus vindicetur* 8, 5.

[12] Fr. 6. 20, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2.

[13] L'exercice, continué malgré pareille opposition et protestation, prend en effet le caractère d'une possession violente ou clandestine. Fr. 4, § 27, D., *de usurpationibus* 41, 3. - Fr. 3, pr. § 1, D., *de itinere* 43, 19. – Fr. 1, § 5. 7, D., *quod vi aut clam* 43, 24. – L. 2, C., *de servitutibus* 3, 34. – L. 10, C., *de adquirenda possessione* 7, 32.

[14] Arg. Gaius, IV, 151. – Fr. 3, § 2. 6-10. Fr. 6, D., *de itinere* 43, 19.

[15] Arg. L. 5, C., *in quibus causis in int. restitutio necessaria non est* 2, 41. – L. 5, C., *de fundis rei privatæ* 11, 65. - *Nov.* 131, c. 6, et ci-dessus, § 112.

[16] Fr. 28, D., *de probat.* 22, 3. – Fr. 3, § 4, D., *de aqua* 43, 20. – Fr. 2. 26, D., *de aquæ pluv. arc. actione* 39, 3.

immémoriale pour les servitudes discontinues [17]. Ces distinctions sont étragères au droit romain. Nous trouvons, à la vérité, quelques passages dans lesquels il est question d'exercice continu de servitudes; mais l'existence ou le défaut de cette circonstance est sans influence sur l'acquisition par usucapion [18].

§ 143. *Par la loi.*

Il n'y a que l'usufruit qui s'acquière de plein droit en vertu d'une disposition légale, sans qu'il soit besoin d'un acte d'acquisition. C'est ainsi que, dans le droit nouveau, le père a en général l'usufruit des biens qui appartiennent à ses enfants, *peculium adventicium* [1], et que, par suite de la dissolution du mariage, les époux se trouvent, dans certaines hypothèses, réduits à l'usufruit en ce qui concerne les gains nuptiaux, et même à l'égard d'autres biens en cas de convol en secondes noces [2].

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT †.

§ 144.

Les règles générales sur l'extinction des droits s'appliquent également à l'extinction des servitudes. La matière présente cependant ici quelques particularités. D'abord, l'extinction d'une servitude, en faisant cesser la restriction imposée à la chose assujettie, a naturellement pour effet de faire retourner au domaine de cette chose le démembrement qui constituait le droit de servitude [1]. Ensuite il est à remarquer que les servitudes

[17] On peut lire sur cette question, VINNIUS, *Selectæ quæstiones* I, 31.

[18] Les commentateurs qui admettent la terminologie dont nous venons de parler, la définissent de diverses manières. Le code Napoléon dit à art. 688 : « Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme..... Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ». Cette définition est bonne, surtout parce qu'elle indique la différence importante que nous avons constatée ci-dessus, § 135, note 4. Mais les notions ne sont pas romaines : nos jurisconsultes qualifient de *non continues* les servitudes dont l'exercice se fait à certains intervalles, déterminés par convention ou dépendants du hasard. Fr. 14, pr. D., *de servitutibus* 8, 1. — Fr. 7, D., *quemadm. serv. amitt.* 8, 6. Cf. ci-après, § 145, note 15.

[1] Titt. C., *de bonis maternis et materni generis* 6, 60; *de bonis quæ liberis* 6, 61, et ci-après, t. III, § 331, c.

[2] *A*) L. 3, § 1. L. 5, C., *de secundis nuptiis* 5, 9. — *Nov.* 22, c. 23-26. 46, § 2, et ci-après, t. III, § 321, notes 26 sqq. — *B*) L. 11, § 1. 2, C., *de repudiis* 5, 17. — *Nov.* 117, c. 1. 2, et ci-après, t. III, § 322, note 11.

† Tit. D., *quibus modis ususfructus vel usus amittitur* 7, 4 (Cf. PAUL, III, 6, 28-33). — Tit. D., *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.

[1] PAUL, III, 6. 28. « Ususfructus amissus ad proprietatem *recurrit*... » — § 4, I., *de usufructu* 2, 4. « Cum autem finitus fuerit ususfructus, *revertitur* scilicet ad proprietatem... ». — L. 3, pr. C., *eodem* 3. 32, « regreditur ». — L. 14, C., *eodem* 3, 32. « redit. ». — Fr. 72, D., *eodem* 7, 1. « accedit ». — Fr. 18, § 4, D., *de pignor. act.* 13, 7. « adcrescit ». — Fr. 20. D., *de S. P. U.* 8, 2 et *passim*.

ne peuvent être aliénées comme telles [2], si ce n'est pour faire retour à la propriété dont elles ont été démembrées [3]. Enfin il résulte de l'indivisibilité des servitudes (sauf l'usufruit), d'une part que le partage de la chose assujettie ou du fonds dominant laisse subsister les servitudes existantes à l'égard de toutes et chacune des parcelles créées par le partage [4], et d'autre part que les servitudes, en général, ne peuvent s'éteindre partiellement [5].

1° Renonciation. En matière de servitudes, la renonciation renferme implicitement une aliénation en faveur du propriétaire de la chose assujettie, dont le droit se trouve dès lors affranchi de la restriction qui lui était imposée par la servitude [6]. Dans l'ancien droit, la renonciation devait se faire au moyen d'un acte solennel : par *in iure cessio*, c'est-à-dire par une action négatoire fictive, ou par *remancipatio* [7]. Dans le droit nouveau, la renonciation n'exige aucune formalité; elle peut même être faite tacitement [8]. — Quand une servitude indivisible appartient à plusieurs en commun, la renonciation ne produit d'effet que si elle est faite par tous [9].

2° Confusion ou consolidation. Il y a confusion, lorsque le droit limité et le droit limitant, en d'autres termes la propriété restreinte et la servitude, se réunissent dans la même personne [10]. La confusion s'appelle particulièrement consolidation, quand elle se rapporte au droit d'usu-

[2] Les servitudes personnelles, en effet, sont attachées à l'individu en faveur duquel elles ont été créées et ne peuvent passer à une autre personne; les servitudes prédiales sont inhérentes au fonds dominant et ne peuvent exister sans ce fonds. *Voy.* ci-dessus, § 124, *initio;* § 126, note 20; § 132, notes 2. 3.

[3] *Voy.* ci-après, note 6.

[4] Cette proposition (consacrée par Fr. 23, § 3. Fr. 25, D., *de S. P. R.* 8, 3. Cf. Fr. 19, § 4, D., *communi dividundo* 10, 3) est pourtant loin d'être absolue. Ainsi, 1° si, à l'égard de l'une des parcelles, les conditions requises pour l'existence de la servitude ne se trouvent pas réunies, il est évident que la servitude cessera forcément en ce qui concerne cette parcelle. 2° Si, à l'égard de l'une des parcelles, il y a eu non-usage pendant le temps légal, la servitude sera éteinte, en ce qui concerne cette parcelle. Fr. 6, § 1, D., *servitutes quemadm. amitt.* 8, 6. Cf. Fr. 16, D., *eodem*. *Voy.* ci-après, § 145, note 11.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 124, n° 6, et pour les diverses applications du principe, ci-après, notes 9. 14. 15, et § 145, notes 11. 13. 14.

[6] Paul, III, 6, 28. – Fr. 14, § 1, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 20, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.– Fr. 17 in f. D., *communia prædiorum* 8, 4.

[7] Gaius, II, 30. – Paul, III, 6, 28. 32.

[8] Fr. 8, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. – Fr. 4, § 12, D., *de doli mali except.* 44, 1.— Cependant la renonciation ne se présume point. Fr. 21, D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 20, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. *Voy.* ci-dessus, § 37, note 8.

[9] Fr. 32, pr. in f. D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. « Unus ex sociis fundi communis permittendo *ius esse ire agere*, nihil agit. Et ideo, si duo prædia, quæ mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ob altero servitus alteri remitti non potest. Quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, quoniam non personæ sed prædia deberent, neque adquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit ».

[10] Fr. 4, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9. —Fr. 10, D., *communia prædiorum* 8, 4.– Fr. 1, D., *quemadm. servit. amittantur* 8, 6.

fruit [11]. L'effet de la confusion est d'anéantir la servitude, personne ne pouvant avoir une servitude sur sa propre chose [12]. Si, plus tard, le propriétaire aliène soit le fonds assujetti, soit le fonds dominant, l'aliénation ne fait point revivre le droit de servitude éteint par la confusion [13]. — Il est à remarquer que les servitudes indivisibles ne s'éteignent pas, si la réunion des deux droits (propriété et servitude) n'est que partielle [14].

3° Perte de la chose assujettie. Il va sans dire que les servitudes sont éteintes par la perte totale de la chose assujettie [15]; mais, de plus, elles s'éteignent lorsque la chose subit des changements qui rendent l'existence de la servitude impossible. Pareil résultat se produit à l'égard des servitudes personnelles plus aisément qu'à l'égard des services fonciers [16]. Les premières, en effet, s'éteignent à la suite de tout événement quelconque [17] qui modifie l'état de la chose assujettie, de façon à en empêcher l'usage, tel que le comporte la nature particulière du droit dont il s'agit dans l'espèce [18]. Pour les services fonciers il faut un changement radical

[11] *Vaticana fragm.* 83. - § 3, I., *de usufr.* 2, 4. – Fr. 3, § 2, D., *de usufr. accrescendo* 7, 2.– Fr. 78, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3. — Dans Paul, III, 6, 28, nous trouvons le terme *dominii comparatio* pour désigner la consolidation de l'usufruit avec la nue propriété.

[12] § 3, I., *de usufructu* 2, 4. – Fr. 17, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. – Fr. 10, D., *comm. præd.* 8, 4. – Fr. 1, D., *quemadm. servit. amitt* 8, 6.

[13] Fr. 30, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. — Mais il peut se faire que, la cause de la confusion venant à disparaître, le propriétaire du fonds libéré par la confusion soit obligé à reconstituer la servitude. *Voy.* ci-après, t. III, §§ 313. 413 Obs. § 447. et Fr. 18, D., *de servit.* 8, 1.– Fr. 9, D., *communia prædiorum* 8, 4. – Fr. 116, § 4, D., *de legatis I* (30). Cf. Fr. 2, § 19, D., *de hereditate vendita* 18, 4 et Fr. 7, § 1, D., *de fundo dotali* 23, 5. Dans des cas exceptionnels le rétablissement a même lieu de plein droit. Cf. Fr. 57, pr. D., *de usufructu* 7, 1, et ci-après, t. III, §§ 447 sq.

[14] C'est ainsi qu'on peut arriver à avoir une servitude sur sa propre chose. Fr. 8, § 1, D., *de servit.* 8, 1. – Fr. 30, § 1, D., *de S. P. R.* 8, 2. – Fr. 27, D., *de S. P. R.* 8, 3. « ... Quia proprio fundo per communem servitus deberi potest ». – Fr. 34. pr. D., *eodem*, ci-dessus, note 9. — L'usufruit étant divisible, peut naturellement s'éteindre par parties. *Vaticana fragm.* 80.– Fr. 14, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. Cf. Fr. 25, D., *eodem.*

[15] Perte physique ou légale, mise hors le commerce. Pr. § 3, I., *de usufructu* 2, 4. – Fr. 2, D., *eodem* 7, 1. – Fr. 23. 24. 26. 30, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — La perte partielle laisse subsister la servitude, à moins que l'état de choses produit par cette perte ne rende l'existence de la servitude impossible. Fr. 53, D., *de usufructu* 7, 1 et les notes suivantes, 16-21.

[16] Paul, III, 6, 31. « *Rei mutatione* amittitur ususfructus, si domus *legata* incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur ». – Fr. 5, § 2. 3. Fr. 10, § 2 sqq. Fr. 12. 23. 24, D., *quibus modis ususfr. amittatur* 7, 4, ainsi que les textes cités à la note suivante. Cf. Fr. 17 pr. D., *de usufructu* 7, 1. — Pour l'usufruit d'un patrimoine, *voy.* Fr. 34, § 2, D., *de usufructu* 7, 1.

[17] Il n'importe que cet événement soit fortuit ou le fait de l'homme, même du propriétaire de la chose assujettie, sauf, dans cette dernière hypothèse, la responsabilité de l'agent. Fr. 71, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 5, § 3. Fr. 6. 7, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. – Fr. 9, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6, et ci-après, note 20.

[18] Ainsi *A*) l'usufruit d'un champ destiné à la culture s'éteint quand le champ se trouve mis dans un état qui rend la culture impossible. Fr. 10, § 2. 3. 4. Fr. 23. 24, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.—*B*) L'usufruit d'une *area* cesse si l'emplacement vient à être couvert de bâtiments. De même, l'usufruit d'une maison s'éteint, si l'édifice vient à disparaître ; et, dans ce cas, l'usufruitier ne peut prétendre aucun droit ni sur les ruines ou les débris de la construction, ni sur le sol. Paul.

qui amène impossibilité permanente d'exercer la servitude [19]. — Si les choses sont remises plus tard dans l'état où elles se trouvaient avant la destruction, les servitudes revivent, pourvu que, dans l'intervalle, elles ne soient point éteintes par non-usage [20]. Cette règle est incontestable pour les servitudes prédiales; elle est d'une application moins certaine pour les servitudes personnelles [21].

4° Cessation de la qualité qui donne droit à la servitude. — *A*) Les servitudes personnelles, inhérentes à l'individu, s'éteignent par la mort naturelle ou civile de celui en faveur duquel elles sont établies [22]. Dans l'ancien droit, toute *capitis deminutio*, même la *minima*, avait pour effet d'éteindre les droits découlant du *ius civile;* dans le droit nouveau, la *capitis deminutio minima* ne produit plus cet effet [23]. Si l'usufruit est établi en faveur d'une personne civile, la loi en fixe la durée à cent ans, à moins que la personne civile ne vienne à s'éteindre avant l'expiration de ce temps [24]. L'usufruit accordé à une personne et à ses héritiers cesse par la mort de ceux qui succèdent immédiatement au premier usufruitier [25].

III, 6, 31.—§ 3, I., *de usufructu* 2, 4.—Fr. 36, pr. Fr. 71, D., *eodem.*— Fr. 5, § 2. 3. Fr. 10, § 1. Fr. 12, pr. D., *quibus modis* 7, 4. —Fr. 20, § 2, D., *de S. P. U.* 8, 2. — Mais cf. Fr. 8. 9, D., *quibus modis* 7, 4, et Fr. 34, § 1, D., *de usufr.* 7, 1.—*c*) Fr. 10, § 8, D., *quibus modis* 7, 4. « *Quadrigæ* usufructu legato, si *unus* ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus, quæritur. Ego puto multum interesse, *equorum* an *quadrigæ* ususfructus sit legatus. Nam, si equorum, supererit in residuis; si *quadrigæ*, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit ». — Le Fr. 31, D., *eodem.* « Cum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus », a donné lieu aux interprétations les plus bizarres. Cf. ci-après, t. III, § 432 *in fine.*

19 Fr. 20, § 2. Fr. 31, D., *de S. P. U.* 8, 2. — Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 9, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. — Fr. 14, pr. D., *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.

20 *Voy.* ci-après, § 145. Dans ce cas cependant, il se peut que le propriétaire de la chose assujettie soit obligé de rétablir la servitude. Fr. 71, D., *de usufr.* 7, 1. — Fr. 5, § 3. Fr. 6. 7. D., *quibus modis* 7, 4. — Fr. 14, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. Les Fr. 34, § 1 et Fr. 35, D., *de S. P. R.* 8, 3, semblent même décréter le rétablissement de droit après la prescription accomplie : « Si fons exaruerit ex quo ductum aquæ habeo, isque *post constitutum tempus* ad suas venas redierit *rel.* »

21 Pour les servitudes prédiales. Fr. 24, § 1, D., *h. t.* 7, 4. — Fr. 31, D., *de S. P. U.* 8, 2. — Fr. 14, pr. D., *h. t.* 8, 6. Cf. Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de S. P. R.*, cités à la note précédente. Quant aux servitudes personnelles, les Fr. 71, D., *de usufructu* 7, 1, et Fr. 23. 24, pr, D., *h. t.* 7. 4, sont pour l'affirmative; mais Paul, III, 6, 31 et les Fr. 36, pr. D., *de usufr.* 7, 1 et Fr. 10, § 1. 7, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4, décident le contraire.

22 § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — Pr. I., *de usu* 2, 5. — Fr. 3, § 3, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 37, D., *de S. P. R.* 8. 3. — L. 3, pr. L. 13. 14, C., *de usufructu* 3, 33. — Exception pour les *operæ servorum*, ci-dessus, § 131, note 3.

23 Paul, III, 6, 28. 29. — *Vaticana fragm.* 61-64. — Fr. 1, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. — § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — § 1, I., *de adquis. per. arrog.* 3, 10. — L. 16, § 2, C., *de usufr.* 3, 33. — Nous avons vu ci-dessus, §§ 130. 131, que l'habitation et les *operæ servorum* ne se perdent pas par *capitis deminutio.*

24 Fr. 56, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 8, D., *de usu et usufr. per leg. datis* 33, 2. — Fr. 21, D., *quibus modis ususfructus amittitur* 7, 4. — Cf. ci-dessus, § 21, notes 33 sqq.

25 A proprement parler, il y a dans ce cas deux usufruits distincts, l'un en faveur de la personne désignée, l'autre en faveur de ses héritiers. Fr. 3, § 3. Fr. 5, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 38, § 10. 12, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 14, C., *de usufructu* 3, 33.

Nous trouvons encore la particularité que l'usufruit légué à un esclave ou à un fils de famille ne s'éteint point par la mort ou par la *capitis deminutio* de ces personnes, mais qu'il continue d'exister en faveur du père de famille. De même, la mort du père de famille n'éteint pas le droit si le fils ou l'esclave survivent [26]. — *B*) Les servitudes prédiales, étant attachées aux immeubles, ne cessent point par la mort de celui qui les exerce actuellement; mais elles s'éteignent par la destruction du fonds dominant. Si les choses sont remises dans leur ancien état, la servitude éteinte revit, pourvu qu'elle n'ait pas péri par non-usage [27].

5° La révocation de la propriété de celui qui a constitué la servitude éteint le *ius in re*, pourvu que la révocation s'exerce *in rem* [28]. Il en est de même des servitudes établies par l'emphytéote et par le superficiaire, lesquelles cessent à la fin des droits d'emphytéose et de superficie [29].

6° L'accomplissement de la condition résolutoire et l'expiration du terme pour lequel la servitude est accordée [30] ne s'appliquent comme causes d'extinction qu'aux servitudes personnelles [31]. — Il est à remarquer que l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé [32].

7° La prescription. Voyez le paragraphe suivant.

§ 145. *De la prescription extinctive des servitudes* †.

Nous avons cherché à établir ci-dessus, §§ 6 et 61, que les droits ne se perdent point par le simple non-usage; nous en avons même fourni la preuve irrécusable quant au droit de propriété. Toutefois, nous avons aussi constaté que la perte du droit de propriété peut résulter indirectement du non-exercice, quand une autre personne a acquis par usucapion la chose qui nous avait appartenu. Le même résultat peut se produire à l'égard des *iura in re*, et particulièrement des servitudes. En effet, si, pendant le temps requis pour l'usucapion, la personne à qui une servitude compète ne l'exerce point, et que pendant ce même temps le maître de la chose assujettie exerce le droit de propriété

[26] L. 17, C., *de usufr.* 3, 33. Cf. L. 15. 16, C., *eodem.* — Dans l'ancien droit, il y avait diverses distinctions. *Vaticana fragm.* 57. Cf. *ibidem* 55. 71.

[27] Fr. 20, § 2, D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8, 2. Cf. ci-dessus, notes 4. 15. 20 sqq., et ci-après, § 145, note 11.

[28] *Voy.* ci-dessus, § 94, n° 3, Observation, et ci-après, t. II, § 249, Observation.

[29] *Voy.* ci-après, § 147, note 4, et § 152, note 9.

[30] Paul, III, 6, 33. — Fr. 16, D., *quibus modis ususfr. amittitur* 7, 4. — Fr. 35, D., *de usu et usufr. per legatum datis* 33, 2. — L. 5. 12, C., *de usufructu* 3, 33.

[31] Les servitudes prédiales, en effet, n'admettent ni terme ni condition. *Voy.* ci-dessus, § 132, n° 4.

[32] L. 12, pr. C., *de usufr.* 3, 33. *Voy.* des décisions analogues : L. 12, § 1, C., *eodem*, et Fr. 1, § 6, D., *de usu et usufr. per legatum datis* 33, 2.

† Titt. D., *quibus modis ususfructus amittitur* 7, 4; *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.

dans toute son étendue sous les conditions requises pour l'usucapion, il est évident que ce dernier aura acquis la propriété libre et illimitée de sa chose, *usucapio libertatis*. Cette usucapion aura nécessairement pour effet d'éteindre la servitude qui gênait la liberté, comme l'usucapion d'une chose corporelle a pour effet d'anéantir le droit de l'ancien propriétaire. Mais, dans l'un comme dans l'autre de ces cas, c'est, à proprement parler, l'usucapion du nouvel acquéreur qui produit ce résultat, et non pas le non-usage accidentel de celui qui perd son droit. Voilà la base originaire de l'institution dont nous avons à traiter. Ce qui prouve que, dans le principe, les Romains l'envisageaient sous le même point de vue, ce sont les délais que nous trouvons dans l'ancien droit, et qui sont d'un an pour les choses mobilières et de deux ans pour les immeubles [1].

Mais, dans la pratique, il est souvent difficile de distinguer entre la possession de la liberté et le non-usage de la servitude, par la raison que les manifestations extérieures de ces idées ne présentent aucune différence saisissable. Cela est surtout vrai à l'égard des servitudes dont l'exercice exige un acte positif de la part de celui à qui elles compètent. En effet, dès que l'acte positif nécessaire à l'exercice de la servitude n'a plus lieu, la chose assujettie se trouve en état de liberté, sans que le propriétaire ait besoin de faire un acte quelconque qui constate qu'il prend possession de cette liberté. En d'autres termes, le simple non-usage de ces servitudes a nécessairement pour effet de donner au propriétaire de la chose assujettie l'exercice ou la possession de la liberté. Dès lors il n'est pas étonnant qu'on ait négligé pour ces servitudes l'idée de l'usucapion de la liberté, qui en elle-même est tout abstraite et qui offre moins d'intérêt pratique que celle de l'extinction de la servitude. Toutefois, la jurisprudence resta dans les limites que la nature des choses prescrivait rigoureusement. Ainsi, bien que l'on posât en principe général que *servitutes non utendo pereunt* [2], on continuait d'exiger l'usucapion de la liberté pour les servitudes auxquelles l'observation que nous avons faite ne s'appliquait pas. Nous trouvons la disposition expresse que le simple non-usage ne suffit pas pour éteindre les *servitutes prædiorum urbanorum*, mais

[1] PAUL, I, 17, 1. « Viam, iter, actum, aquæductum qui biennio usus non est, amisisse videtur... 2. Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur ». Quel est le sens des mots *biennio usurpata recipitur?* L'interprétation visigothe les entend de l'*usu receptio* de la servitude perdue. Il nous parait plus probable de prendre *usurpare* dans le sens ordinaire : *interrompre la prescription* ». — LE MÊME, III, 6, 30. « Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno ». — Cf. *Vaticana fragm.* 46, et Fr. 2, in f. D., *de usu et usufr. per legatum datis* 33, 2. « ... Servo usucapto legatum [operarum] perit ».

[2] PAUL, I, 17, 1, cité ci-dessus. — § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.* à la note suivante. — Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 7, D., *h. t.* 8, 6. « ... SERVIUS scribit perdere eum, non utendo, servitutem... ». — L. 13, C., *de servitutibus* 3, 34. « ... Ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur ».

qu'il faut de plus *usucapio libertatis* de la part du propriétaire de la chose assujettie [3]. Or, nous avons vu au § 132, que l'exercice des servitudes urbaines consiste précisément à jouir d'un état de choses, *habendo,* ou à empêcher le libre exercice de la propriété du voisin, *prohibendo;* tandis que les servitudes rurales exigent en général, pour être exercées, et le fait positif de celui qui a la servitude et la tolérance du maître de la chose assujettie. Les servitudes personnelles ressemblent sous ce rapport aux servitudes rurales : c'est pourquoi il a été admis qu'elles s'éteignent également par le simple non-usage [4].

Justinien conserva les règles qui s'étaient ainsi formées par la jurisprudence; seulement, il abolit les anciens délais de l'usucapion et les remplaça par ceux de la *longi temporis præscriptio* [5]. Dans le droit nouveau, nous trouvons donc le principe, que les servitudes s'éteignent par le non-usage de dix ou de vingt ans. Le non-usage suffit pour les deux servitudes personnelles soumises à ce mode d'extinction [6], ainsi que pour les servitudes rurales [7]. Mais à l'égard des servitudes urbaines, il faut de plus *usucapio libertatis* de la part du maître de la chose assujettie [8]; c'est-à-dire il faut que celui-ci ait posé un acte contraire à la servitude, sans que le propriétaire du fonds dominant s'y soit opposé, et que l'état de choses produit par cet acte ait duré pendant le temps requis pour la prescription [9].

[3] Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. « Hæc autem iura, similiter ut rusticorum quoque prædiorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ... item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris : alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet ». – Fr. 6, § 1. Fr. 32, D., *eodem.* – Fr. 18, § 2, D., *h. t.* 8, 6. – Fr. 4, § 29, D., *de usurpationibus* 41, 3.

[4] Paul, III, 6, 30. – § 3, I., *de usufr.* 2, 4. – Fr. 3, D., *si ususfr. petetur* 7, 6. – Fr. pr. D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 126, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. – L. 16, C., *de usufructu* 3, 33.

[5] L. 16, C., *de usufructu* 3, 33, du 1er octobre 530. – L. 13, C., *de servitutibus* 3, 34, du 18 octobre 531. — Cf. ci-après, note 16.

[6] C'est-à-dire pour l'usufruit et pour l'usage. *Voy.* ci-dessus, note 4.

[7] *Voy.* les textes cités aux notes 4 et 3. Quelques auteurs exigent pour l'usufruit l'usucapion de la liberté, en se fondant sur les dispositions de la L. 16, § 1, C., *de usufructu* 3, 33. Mais il est évident qu'on ne saurait attribuer pareille portée à cette loi de l'an 530, si on la combine avec la L. 13, C., *citée* qui est de 531. Le non-usage du droit d'usufruit entraîne, au reste, également l'extinction de l'action personnelle que nous pouvons avoir contre le constituant et ses héritiers, ce qui avait été controversé. L. 16, § 1, C., citée et *Vaticana fragm.* 46. — Le quasi-usufruit n'est pas sujet à extinction par non-usage, « quia nec ususfructus est ». *Vaticana fragm.* 46. — Fr. 9. 10, pr. D., *de usufr. earum rerum* 7, 5. – Fr. 7, § 1, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9. L'usufruit qui s'exerce *alternis annis* n'est pas soumis non plus à ce mode d'extinction. Fr. 28, D., *quibus modis* 7, 4. « Si ususfructus alternis annis legetur, non posse non utendo eum amitti : quia plura sunt legata ». – Fr. 13, D., *de usu et usufr. leg.* 33, 2. « Cum ususfructus alternis annis legatur, *non unum sed plura legata sunt.* Aliud est in servitute aquæ et viæ. Viæ enim servitus una est quia natura sui habet intermissionem ». Cf. ci-après, note 16.

[8] *Voy.* ci-dessus, note 2.

[9] *Voy.* ci-dessus, note 3.

Il importe peu que ce soit volontairement [10], ou par ignorance, ou enfin par tout autre motif, que celui à qui la servitude compète en ait négligé l'usage [11]. Mais pour la conserver, il n'est pas nécessaire que le titulaire l'ait exercée par lui-même; il peut la faire exercer par un autre : elle subsiste même, quand elle est exercée par un tiers quelconque, pourvu que l'usage se fasse à titre de droit [12]. Quand la servitude appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche, par suite de l'indivisibilité des servitudes, la prescription à l'égard de tous. De même, si parmi eux il s'en trouve un contre lequel la prescription n'a pu courir, il conserve le droit de tous les autres [13]. C'est par la même raison que la servitude demeure entière, alors même qu'elle ne serait exercée que sur une partie de la chose assujettie [14], ou que le titulaire n'aurait usé que d'une partie des dispositions comprises dans le droit [15]. — Le délai de la prescription est fixé d'une manière uniforme pour toutes les servitudes,

[10] Il va de soi que le non-usage qui se fait *precario* ne peut servir de base à la prescription. Fr. 32, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 17, D., *communia prædiorum* 8, 4.

[11] Fr. 20, D., *h. t.* 7, 4. – Fr. 19, § 1, D., *h. t.* 8, 6. La servitude sera éteinte quand le non-usage provient de force majeure ou même de la violence de la partie adverse. Cf. ci-dessus, § 144, notes 20. 21, et Fr. 14, pr. D., *h. t.* 8, 6; Fr. 6, pr. D.. *si servitus vindicetur* 8, 5; Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 4, § 27, D., *de usurpat.* 41, 3. Des hypothèses intéressantes de non-usage se présentent quand la vicinalité vient à cesser entre les deux fonds (Fr. 6, pr. D., *cité*) et particulièrement quand ce fait se produit à la suite du partage de l'un des fonds. Bien que, dans ce cas, la servitude continue de subsister en faveur et à la charge de chaque parcelle, il n'y en a pas moins, en réalité, autant de servitudes que de parcelles, et chacune de ces servitudes peut dès lors s'éteindre séparément par non-usage (Fr. 6, § 1. Fr. 16, D., *h. t.* 8, 6). — Dans les diverses hypothèses de perte par non-usage pour cause de force majeure, il peut y avoir lieu au rétablissement de la servitude si l'exercice en redevient possible. Fr. 34. Fr. 23, § 2, D., *ex quibus causis maiores* 4, 6. – Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de S. P. R.* 8, 3. – Fr. 14, pr. D., *h. t.* 8, 6. – Fr. 9, § 1. Fr. 10, D., *de vi* 43, 16. Cf. ci-dessus, § 144 notes 20. 21.

[12] Fr. 12, § 2. 3. Fr. 38-40, D., *de usufructu* 7, 1. – Fr. 22. 29, pr. D , *h. t.* 7, 4. – Fr. 5, D., *h. t.* 8, 5. – Fr. 6, pr. D., *eodem.* « Nam satis est fundi nomine itum esse ». – Fr. 12. 20-25, D., *eodem.* – Fr. 3, § 4, D., *de itinere* 43, 19. – Fr. 5, § 1, D., *de aqua* 43, 20. Cf. ci-dessus, § 135, note 15. — Des dispositions particulières relatives à l'exercice de l'usufruit se trouvent aux Fr. 38. 39. 40, D., *de usufructu* 7, 1.

[13] Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3.–Fr. 5. 6. 8, § 1. Fr. 16, D., *h. t.* 8, 6.–Fr. 10, pr. D., *eodem.* « Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo ». Cf. Fr. 25, § 18, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. Ce qui est vrai pour un fonds commun, cesse de l'être, après le partage, pour les parcelles qui ne sont plus communes. Cf. ci-dessus, note 11. — L'usufruit, étant divisible, ne nous est pas conservé par l'usage que fait notre co-usufruitier. Fr. 14. 25, D., *h. t.* 7, 4.

[14] Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3. –Fr. 6, § 1. Fr. 9, D., *h. t.* 8, 6. (Rappelons les observations faites à la note précédente pour le cas de partage et pour l'usufruit).

[15] Fr. 2, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. « Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non periisse actum, sed manere, Sabinus, Cassius, Octavenus aiunt. Nam ire quoque per se eum posse qui actum habet ». – Fr. 8, § 1. Fr. 9. 11, pr. D., *eodem.* – Fr. 9, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5. – Fr. 18, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Il n'en serait pas de même si le titulaire exerçait des pouvoirs autres que ceux qui sont contenus dans son droit : dans cette hypothèse, il pourrait y avoir non-usage et par conséquent extinction de la servitude. Fr. 10, § 1. Fr. 17, D., *h. t.* 8, 6. – Fr. 18, pr. D., *eodem.* « Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in

à dix ans entre présents et à vingt ans entre absents [16]. — Il va sans dire qu'il ne doit point y avoir interruption du non-usage. Le principe de l'*accessio possessionis* souffre également application dans cette matière [17]. — Dans le cas où la servitude s'éteint par le simple non-usage, il ne faut point de bonne foi de la part de celui qui veut se prévaloir de la prescription ; mais l'*usucapio libertatis* exige naturellement cette condition [18].

Les dispositions légales qui exemptent certaines personnes et certaines choses de la prescription et de l'usucapion [19] s'appliquent également à la perte des servitudes par non-usage [20].

TITRE TROISIÈME.

DE L'EMPHYTÉOSE †.

NATURE DU DROIT D'EMPHYTÉOSE.

§ 146. *Notion et introduction historique.*

L'emphytéose est un *ius in re* en vertu duquel nous pouvons cultiver un fonds et en jouir de la manière la plus étendue, moyennant une rente

servitute imponenda actum est, servitus amittitur ». – Fr. 17, pr. D., *de aqua et aquæ pluv. arc. act.* 39, 3. – Fr. 20, D., *h. t.* 7, 4. « Is, qui usumfructum habet, si tantum utatur, quia existimet, se usum tantum habere, an usumfructum retineat? Et si quidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus et frui videtur, si vero ignoret, puto eum amittere fructum ; non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere ». C'est probablement à cet ordre d'idées que se rapportent les mots du § 4, I., *de usufructu* 2, 4. « Finitur autem ususfructus... non utendo per modum et tempus.... », dont l'interprétation est, au reste, fortement controversée. *Voy.* MM. Schrader, Ortolan, *ad h. l.*

[16] L. 13, C., *de servitutibus* 3, 34. A l'égard des servitudes discontinues, il faut toujours vingt ans, quand les intervalles que l'exercice comporte sont d'un mois ou de plus. L. 14, pr. C., *eodem*, combiné avec Fr. 7, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Quand il s'agit de personnes ou de biens qui ne sont pas soumis au délai ordinaire de dix et vingt ans, le délai de la prescription est de trente ou quarante ans. Arg. L. 5, C., *in quibus causis in integrum restitutio* 2, 41.— *Nov.* 131, c. 6. *Voy.* aussi ci-après, note 19.

[17] Fr. 7. 32, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2. – Fr. 18, § 1, D., *h. t.* 8, 6. – Arg. Fr. 3, § 2, D., *de itinere* 43, 19.

[18] Arg. Fr. 1, § 10. 19, D., *de aqua* 43, 20. – Le Fr. 32, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2, n'est point contraire ; car rien, dans l'espèce décidée, ne prouve que l'*usucapiens* ait agi de mauvaise foi à l'égard de Mævius. — Au Fr. 4, § 27, D., *de usurpat.* 41, 3, il s'agit d'une servitude rurale.

[19] *Voy.* ci-dessus, §§ 60. 113, A.

[20] Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « Alienationis verbum etiam usucapionem continet..... Eum quoque alienare dicitur qui non utendo amisit servitutem ». Ci-dessus, § 33, note 10. — Fr. 10, pr. D., *h. t.* 8, 6. – Fr. 5. 6, D., *de fundo dotali* 23, 5. – Cf. Fr. 78, § 2, D., *de iure dotium* 23, 3. – Fr. 3, § 5, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9.

† Gaius, III, 145. – § 3, I., *de locatione et conductione* 3, 24. – Tit. D., *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur* 6, 3. – Tit. C., *de iure emphyteutico* 4, 66. – *Nov.* 7. 120.

à payer au propriétaire. Pour désigner ce droit, le mot *emphyteusis* est employé à partir du second siècle de l'ère chrétienne, mais nous trouvons des institutions plus ou moins analogues longtemps avant cette époque.

D'abord la possession du domaine public, dont nous avons parlé dans l'introduction historique, offre une grande ressemblance avec le droit dont nous traitons ici. Nous y rencontrons, en effet, et la rente à payer au propriétaire et le droit de jouissance accordé au possesseur. Que cette possession ait été garantie par une action réelle, ou qu'elle n'ait été protégée qu'au moyen des interdits, toujours est-il que le possesseur avait la pleine jouissauce du fonds et qu'il la transmettait à ses successeurs, sauf le droit qu'avait la république de la révoquer à volonté [1]. Sous le point de vue pratique, ce n'est donc guère que par cette dernière restriction que la possession du domaine public différait de l'emphytéose : encore est-il à remarquer que l'État n'usait que très-rarement [2] de son droit de révocation à l'égard de ces occupations [3].

Mais il est une autre institution qui offre plus d'analogie avec l'emphytéose, non-seulement quant aux effets pratiques, mais encore quant à l'origine et à la nature du droit. Les municipes, les colléges des prêtres, etc. [4], avaient des propriétés immobilières qu'ils étaient accoutumés

[1] *Voy* ci-dessus, nº 15.

[2] Il ne le faisait guère que *cogente inopia,* comme dit OROSE, V, 18, cité ci-dessus, nº 15.

[3] D'après APPIEN, *de bellis civilibus,* 1, 27, il y a même eu, pendant un certain temps, des occupations irrévocables absolument analogues au droit d'emphytéose. Nous y lisons, en effet, que peu de temps après les Gracques, le tribun Sp. Borius fit passer une loi d'après laquelle les terres du domaine public ne devaient pas être partagées, mais demeurer aux possesseurs actuels moyennant une rente à payer « τὴν μὴν γῆν μηκέτι διανέμειν, ἀλλ εἶναι τῶν ἐχόντων καὶ φόρους ὑπὲρ αὐτῆς τῷ δήμῳ κατατίθεσθαι ». (C'est peut-être à cette condition que se rapporte le terme *ager privatus vectigalisque*, dans la LOI THORIA AGRARIA, c. 22. 30 in f., lin. 44. 66). Mais cet état de choses ne dura guère ; car Appien ajoute que la rente fut bientôt abolie par un autre tribun, ce qui fit naturellement de ces concessions des propriétés de fait. Cf. ci-dessus, nº 85.

[4] La République aussi donnait à ferme des parties du domaine public pour des termes assez longs (de cinq à cent ans, d'après les *Gromatici. Voy.* les citations de la note suivante, et ci-dessus, nº 79), et il est probable que c'est l'exemple de Rome qui a engagé les municipes et les autres corporations à agir ainsi. A ce titre, les locations des terres publiques ont donc contribué à la création et au développement de l'institution dont nous nous occupons ici. Mais au point de vue juridique, l'analogie fait défaut. L'État, en effet, ne louait pas directement aux cultivateurs, mais à des entrepreneurs (*mancipes, redemtores.* Cf. ci-dessus, nº 80, et ci-après, t. II, § 216) qui prenaient de vastes étendues de terres et sous-louaient ensuite par petites fractions. De cette manière, les sous-locataires, c'est-à-dire les vrais fermiers ne jouissaient que d'un bail ordinaire qui n'avait point le caractère de stabilité propre aux locations des *agri municipum* (ci-après, notes 5 et 6). Ajoutons que même les rapports entre l'État et les entrepreneurs n'étaient pas inviolables, comme le sont en général les rapports consacrés par le droit privé; car il n'y a pas de droit contre la volonté souveraine des Quirites. Ce pouvoir arbitraire passa naturellement du peuple au prince, à tel point que même les octrois de terres, faits aux vétérans et plus tard aux soldats des provinces frontières, *milites limitanei*, sont toujours révocables. Fr. 15, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1.—Fr. 11, D., *de evictionibus* 21, 2 Les terres concédées ainsi par les empereurs

de donner à ferme [5]. De pareils baux n'offraient sans doute, dans le principe, rien de particulier; mais la qualité du bailleur devait naturellement donner un certain caractère de stabilité aux rapports qui en résultaient, d'autant plus que la plupart de ces immeubles étaient situés dans des pays lointains [6]. Aussi finit-on par considérer ces baux comme faits à perpétuité, et par admettre que le fermier ne pouvait pas être obligé de quitter le fonds tant qu'il payait exactement le loyer convenu [7]. Pour donner de l'efficacité à ce droit, l'on accordait au fermier une action non-seulement contre la corporation qui lui avait affermé l'immeuble, mais encore contre toute personne qui le troublerait dans la jouissance de son bail [8]. Ces immeubles portaient le nom d'*agri vectigales*, dérivé de la rente, *vectigal*, que payait le fermier [9]; et l'*actio in rem*, qui lui était accordée de ce chef, s'appelait *actio vectigalis, quæ de fundo vectigali proposita est* [10].

Enfin sous les empereurs, nous trouvons le *ius* ἐμφυτευτικὸν représenté comme un *ius prædii* [11]. Les invasions des barbares et la mauvaise orga-

sont appelées *agri limitanei, limitrophi*. LAMPRIDE, *Alex. Sévère*, 58.—VOPISCUS, *Probus*, 13. 14. 16. — L. 38, Th. C. (*de fundis patrimonialibus*) 5, 13.—*Novellæ Theodosii, de patrim. et limitrophis fundis*, tit. V, c. 2, pr. § 1; *de ambitu et locis limitaneis*, tit. XXIV, c. 1, § 4. — L. 2, § 8, I. C., *de officio præf. præt. Africæ* 1, 27. — L. 3, I. C., *de fundis limitrophis et limitaneis* 11. 59. — Cf. ci-dessus, nº 88 *in fine* et nº 230.

[5] *Gromatici*, p. 36, 2; 116, 5; 117, 5; 162, 25 (76; 205; 206; 23 Goës.). — GAIUS, III, 145.— Fr. 1, pr. D., *h. t.* — Fr. 3, § 1, D., *de administr. rerum ad civitates pertin.* 50, 8. — Fr. 219, D., *de verb. signif.* 50, 16. — PLINE LE JEUNE, *Epist.* VII, 18, raconte, que, voulant fonder une rente alimentaire en faveur de sa ville natale, il céda à cette ville un immeuble, en se réservant le droit d'emphytéose : « Agrum ex meis longe pluris exactori publico mancipavi : eumdem vectigali imposito recepi, tricena millia annua daturus. Per hoc enim et reipublicæ sors in tuto, nec reditus incertus, et ager ipse propter id quod vectigali large supercurrit, semper dominum a quo exerceatur inveniet ».

[6] CIC., *ad famil.*, XIII, 7, 11. — VELLEIUS PATERCULUS, II, 81. — Les mêmes causes devaient également contribuer à rendre le taux de la rente inférieur aux prix ordinaires de ferme. *Voy.* ci-après, note 12, et PLINE, *Epist.*, VII, 18, cité à la note précédente.

[7] GAIUS, III, 145. « .... veluti si qua res in perpetuum locata sit; quod evenit in prædiis municipum, quæ ea lege locantur, ut quamdiu vectigal præstetur, neque ipse conductori, neque heredi eius prædium auferatur... ». — Fr. 11, § 1, D., *de publicanis* 39, 4.

[8] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes ». — Fr. 3, D., *eodem.* « Idem est, et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit ». Ce fragment a probablement subi une interpolation. Cf. Fr. 1, pr. D., *eodem.* — Cette *in rem actio*, accordée au fermier d'un *ager vectigalis*, a-t-elle été créée par la jurisprudence ou est-elle d'origine prétorienne? L'analogie de la superficie milite en faveur de la dernière hypothèse. *Voy.* ci-après, § 152, notes 15-17.

[9] Par le même motif, le même terme servait encore à désigner les terres du domaine public, et les immeubles dans les provinces. Mais, malgré l'identité du nom, les droits des possesseurs étaient essentiellement différents dans les trois hypothèses. Dans le droit nouveau, le mot *ager vectigalis* est devenu naturellement le terme technique pour désigner l'institution dont nous nous occupons ici.

[10] Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 66, pr. D., *de evictionibus* 21, 2.

[11] La première mention de ce droit se trouve dans un passage d'ULPIEN. Fr. 3, § 4, D., *de*

nisation sociale avaient fait déserter l'agriculture, surtout dans les provinces frontières, et augmenté le paupérisme dans une proportion effrayante. Les grands propriétaires, ayant de vastes étendues de terre désertes, pour lesquelles ils cherchaient en vain des fermiers aux conditions ordinaires, se virent obligés, afin d'attirer les cultivateurs, d'abandonner ces terres pour un temps très-long, voire même à perpétuité, et moyennant une rente inférieure au taux habituel des baux à ferme [12]. C'étaient surtout les empereurs qui cherchaient, par ce moyen, à faire cultiver leurs fonds patrimoniaux [13]. Plus tard, l'institution fut également appliquée aux immeubles des particuliers et des églises [14].

Justinien comprit que le droit d'emphytéose était, de sa nature, identique avec les baux à rente perpétuelle, et il finit par réunir ces deux institutions en une seule; de manière que, dans sa compilation, les termes *ager vectigalis* et *ager emphyteuticarius* sont entièrement synonymes [15].

On voit par la définition sommaire que nous avons donnée du droit d'emphytéose, qu'il pourrait être considéré comme une servitude personnelle. Il ressemble surtout à l'usufruit; cependant, il en diffère aussi à plusieurs égards. Notamment le droit d'emphytéose n'est pas inhérent à la personne de celui à qui il est accordé, il se transmet aux héritiers et peut être aliéné; il est concédé à perpétuité si l'acte de constitution ne lui assigue pas de durée limitée [16]. Puis les droits de l'emphytéote sont, sous beaucoup de rapports, plus étendus que ceux de l'usufruitier, et cependant il n'est pas obligé de fournir caution. Par contre, la rente paraît être de l'essence du droit de l'emphytéose. Enfin, l'emphytéote a la possession juridique du fonds emphytéotique.

L'emphytéose ne peut, à la rigueur, être établie que sur les immeubles

reb. eor. qui sub tut. 27, 8. « Si ius ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis ius prædii potius sit ». — Diocl et Maxim. L. 13, C., *de præd. min.* 5, 71. « Etiam vectigale *vel* patrimoniale *sive* emphyteuticum prædium sine decreto præsidis distrahi non licet ». L'étymologie du mot (ἐν-φυτεύω) indique le but de l'institution qui était de favoriser la culture des terres. Le mot ἐμβατευτικὸν est probablement synonyme. *Voy.* Heineccius *ad* Brisson, *h. v.*

[12] L'institution du colonat (ci-dessus, nº 212) et celle de l'emphytéose doivent leur origine aux mêmes causes.

[13] Tit. Th. C. (*de fundis patrimonialibus*) 5, 13. Nous devons la connaissance de ce titre aux découvertes de M. Peyron (ci-dessus, nº 238). — Tit. Th. C., *de locatione fundorum iuris emphyteutici et reipublicæ et templorum* 10, 3. — *Nov. Theod. de patrimon. fundis,* tit. V. — Titt. I. C., *de iure emphyteutico* 4, 64; *de fundis patrimonialibus* 11, 61.

[14] Constantin, L. 1, C., *de fundis patrim.* 11, 61. — Zénon, L. 1, C., *h. t.* 4, 66. — Justinien, L. 2, C., *eodem.* — *Nov.* 7, c. 3. — *Nov.* 120, *passim.*

[15] *Voy.* la rubrique du Tit. D., *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur* 6, 3, et l'interpolation du Fr. 15, § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Cf. Gaius, III, 145 avec § 3, I., *de locat. et cond.* 3, 24.

[16] Il n'est pas nécessaire que la location soit faite à perpétuité. Fr. 3, D., *h. t.*

susceptibles d'être cultivés. Nons trouvons cependant trois constitutions qui semblent l'appliquer également aux bâtiments [17].

Observation. La grande étendue des pouvoirs attribués à l'emphytéote a fait croire aux glossateurs et à leurs successeurs que le droit d'emphytéose était une espèce de propriété. Pour la distinguer de la véritable propriété, on avait l'habitude de l'appeler *dominium utile**, soit parce que l'emphytéote retire toute l'utilité du fonds, soit parce que l'*actio vectigalis* est aussi appelée *utilis petitio*. Cette terminologie, qui a exercé une influence funeste pendant des siècles, est aussi contraire aux principes généraux qu'aux dispositions positives du droit romain. Quelques lois du code de Théodose et de Justinien appliquent, à la vérité, le mot *dominus* à l'emphytéote [18]; mais il s'agit, dans ces passages, de l'emphytéote qui a acquis la nue propriété, et qui dès lors est véritable *dominus*. Loin d'assimiler l'emphytéose au droit de propriété, les Romains opposent avec soin le *dominus* à l'*emphyteuta* [19]; Ulpien distingue notre droit de la propriété, en l'appelant *ius prædii;* et l'établissement d'une emphytéose est considéré comme ne constituant point un *titulus alienationis* [20].

§ 147. *Droits de l'emphytéote.*

1° L'emphytéote jouit du fonds et des droits qui y sont inhérents comme s'il en était le propriétaire. Il peut y faire les changements qui lui paraissent nécessaires ou utiles; il a même le droit de disposer de la substance, et son pouvoir arbitraire n'est limité que par la défense de détériorer le fonds [1]. — 2° Le droit fait partie du patrimoine de la personne à qui il compète et se transmet aux héritiers [2]. L'emphytéote peut disposer de son droit comme bon lui semble, tant entre-vifs qu'à cause

[17] L. 5, Th. C., *de locatione fundorum iuris emphyt.* 10. 3.—*Nov.* 7, c. 3, § 1. 2.—*Nov.* 120, c. 1, 2. — *Voy.* aussi Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2.

[18] L. un. Th. C., *communi dividundo* 2, 25. — L. 5, Th. C., *de censitoribus* 13, 11. Cf. L. 5, I. C., *de locatione prædiorum civilium* 11, 70. — L. 4. 12, I. C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61. — L. 5, C., *de diversis prædiis urbanis et rusticis templorum* 11, 69.

[19] § 3, I., *de locat. et conduct.* 3, 24. – Fr. 1, § 1, D., *h. t.*—Fr. 10, D., *famil. ercisc.* 10, 2.—Fr. 71, § 5. 6, D., *de legatis I* (30).—L. 1. 2. 3, C., *h. t.* — L. 8, C., *de fund. patrim.* 11, 61.—L. 2, C., *de mancipiis et colonis patrim.* 11, 62. — Aussi se sert-on des termes « perpetuo iure *locare, tenere*, » pour désigner l'état de choses créé par l'emphytéose. L. 1, Th. C., *de extraordin. muneribus* 11, 16. — L. 4, Th. C., *de collatione fund. patrim. vel emphyt.* 11, 19. — L. 5, *verb.* Videtur enim I. C., *de locat. præd. civilium vel fiscalium* 11, 70. — Nos sources s'expriment cependant parfois d'une manière peu exacte, en disant *fundus vectigalis* au lieu de *ius emphyteuticum.* Fr. 39, § 5. Fr. 71, § 5. 6, D., *de legatis I* (30). Cf. Fr. 66, pr. D., *de evictionibus* 21, 2.

[20] Fr. 3, § 4, D., *de rebus eorum qui sub tutela* 27, 9. — L. 1. C., *h. t.*

[1] § 3, I., *de locatione* 3, 24.—Fr. 1, D., *h. t.*—*Nov.* 7, c. 2, § 2.—*Nov.* 120, c. 8.—*Voy.* encore ci-après, § 149, notes 2. 10 et § 151, note 7.

[2] Gaius, III, 145. — § 3, I., *de locat. et conduct.* 3, 24. — Fr. 1, pr. D., *h. t.* — Fr. 9. 10,

de mort [3]; il peut le louer et le grever de servitudes et d'hypothèques [4]; il peut même le céder et le transférer à titre onéreux ou à titre gratuit [5]. Cependant il ne peut le vendre, à moins de notifier ses intentions au propriétaire, pour que celui-ci puisse exercer le droit de préemption, que la loi lui accorde à prix égal. Au cas que le *dominus* n'use point de cette faculté endéans les deux mois, l'emphytéote est libre de vendre, sauf les obligations dont il sera parlé ci-après [6]. Il est à remarquer que le partage du fonds emphytéotique en parts divises est interdit, *ne præstatio vectigalis confundatur* [7]. — 3° L'emphytéote a la possession du fonds emphytéotique. Cette anomalie peut s'expliquer par la ressemblance qui existait entre les anciens *agri vectigales* et la possession du domaine public. Il est d'ailleurs possible qu'avant la création de la *vectigalis in rem actio*, les municipes aient eu l'habitude de céder à leurs fermiers les interdits, afin de leur donner une arme contre les usurpations des tiers [8]. En sa qualité de possesseur du fonds, l'emphytéote a donc le droit d'intenter les interdits possessoires et il acquiert les fruits par la simple séparation [9].

§ 148. *Obligations de l'emphytéote.*

1° L'emphytéote supporte les impôts et autres charges qui pèsent sur le fonds [1]. — 2° Il est obligé de cultiver le fonds en bon père de famille, et de le restituer, à la fin de l'emphytéose, dans l'état où il l'a trouvé; il est tenu de toute détérioration arrivée par sa faute [2]. — 3° Il doit payer

D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. – *Nov.* 7, c. 3. – *Nov.* 120, c. 6, § 1. – *Voy.* aussi ci-après, note 5 *in fine*.

[3] § 3, I., *cité*, et ci-après, note 5.

[4] (*Vaticana fragm.* 61) Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. – Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1. – Cf. Fr. 13, § 3, D., *eodem*. — Mais il ne faut pas perdre de vue que les *iura in re* que l'emphytéote accorde s'éteignent par l'extinction de l'emphytéose. Fr. 31, D., *cité*.

[5] § 3, I., *cité*. – Fr. 39, § 5. Fr. 71, § 5. 6, D., *de legatis I* (30). Cf. Fr. 81, § 3. Fr. 86, § 4, D., *eodem*. – L. 3, C., *h. t.* – L. 1, C., *de fundis patrimonialibus* 11, 61. — L'emphytéote peut aussi être exproprié de son droit, non-seulement quand il l'a engagé ou hypothéqué à un tiers, mais aussi en suite d'une exécution forcée dirigée contre lui. Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2.

[6] L. 3, C., *h. t.* — *Voy.* ci-après, § 148, n° 4 et § 152, note 5.

[7] Fr. 7, D., *communi dividundo* 10, 3. Cf. Fr. 10, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.

[8] Cf. ci-dessus, § 81, notes 13-21.

[9] Arg. Fr. 25, § 1, D., *de usuris* 22, 1. « ... Cum ad bonæ fidei possessorem (fructus) pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt ». *Voy.* ci-dessus, § 108, notes 8. 13. Cf. aussi Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1. — Le Fr. 15, § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8, que l'on allègue aussi pour prouver que l'emphytéote a la possession du fonds, n'est pas concluant; car, il est évident que le mot *possessor* y est pris dans un sens différent. *Voy.* le Fr. 15, § 2. 3, D., *eodem*.

[1] L. 2, C., *h. t.* 4, 66.

[2] *Nov.* 7, c. 3, § 2. – *Nov.* 120, c. 8. – *Auth.* Qui rem C., *de SS. Ecclesiis* 1, 2.

exactement la rente annuelle (*pensio*, *reditus*, *canon*), moyennant laquelle il exerce le droit d'emphytéose [3]. Il n'a pas droit à une diminution proportionnelle, si une partie du fonds périt ; mais si le fonds entier périt, le droit d'emphytéose s'éteint et, avec le droit, l'obligation de payer la rente [4]. — 4° En cas d'aliénation du droit d'emphytéose, il est dû au propriétaire une somme d'argent égale au cinquantième du prix de vente ou de la valeur estimative de l'emphytéose, *laudemium* * [5]. Cette obligation existe non-seulement dans le cas de vente, mais toutes les fois que l'emphytéose est aliénée, c'est-à-dire transférée à une autre personne [6]. La succession héréditaire n'y donne point lieu ; car, n'étant que la continuation de la personne du défunt, elle ne constitue point une aliénation.

DES ACTIONS RELATIVES AU DROIT D'EMPHYTÉOSE.

§ 149.

A) L'occupation du domaine public n'ayant aucun caractère civil, il n'existait sans doute aucune garantie légale qui la protégeât dans l'origine, jusqu'à ce que le préteur eût créé dans ce but les interdits possessoires [1]. Le fermier des *agri vectigales* avait vis-à-vis du bailleur les actions personnelles résultant du contrat de bail. Pour protéger le fonds affermé contre des entreprises venant du dehors, il aurait fallu rigoureusement que le bailleur vînt aux secours du fermier ; mais comme cette manière d'agir aurait pu entraîner des lenteurs très-préjudiciables aux deux parties intéressées, on trouva utile d'accorder au fermier les mêmes avantages qu'aux possesseurs de l'*ager publicus*, c'est-à-dire de lui attribuer le *ius possessionis* avec les interdits qui y sont attachés [2]. Enfin pour protéger plus efficacement encore le rapport de droit créé par le bail à

[3] § 3, I., *de locatione et conductione* 3, 24. — Fr. 1, pr. Fr. 2, D., *h.t.* — L. 2. 3, C., *eodem.* — Rien ne paraît s'opposer à ce que le *canon* consiste en une quantité de fruits. Arg. Fr. 15, § 4, D., *locati* 19, 2, et L. 21, C., *de locato* 4, 65.

[4] Cette décision se trouve dans la Loi 1, C., *h. t.*, par laquelle l'empereur Zénon mit fin à l'ancienne controverse sur la question de savoir si les obligations résultant de l'emphytéose devaient être réglées d'après les principes du contrat de vente, ou d'après ceux du contrat de louage. *Voy.* ci après, t. II, § 251, notes 1-4, ainsi que le § 3, I., *de locat. et conduct.* 3, 24. « ... Si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus : sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum ; sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. »

[5] Le mot *laudemium* est une création du moyen âge.

[6] Car la loi s'exprime d'une manière générale. L. 3, C., *h. t.* — Elle ne dit point par qui le *laudemium* est dû ; il faut bien admettre que le propriétaire peut l'exiger à son choix, soit du vendeur, soit de l'acquéreur.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 80, notes 2-5 et § 88, notes 8 et suivantes.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 81, note 15.

perpétuité, on l'éleva à la hauteur d'un droit réel, en créant une *utilis petitio* ou *in rem actio* [3], que le jurisconsulte Ulpien désigne par le nom expressif de *vectigalis actio* [4]. Cette double garantie, au moyen des interdits possessoires et de l'action réelle, est consacrée, dans le droit nouveau, pour toute emphytéose, quelle qu'en soit la durée [5].—Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit plus haut sur les interdits possessoires [6]. Quant à l'*actio vectigalis,* elle est probablement, comme nous l'avons déjà fait observer, d'origine prétorienne et par conséquent *in factum concepta* [7]; mais, abstraction faite de cette particularité, elle est en tout conforme à l'action confessoire du chef d'usufruit [8]. L'action Publicienne est donnée à celui qui se trouve de bonne foi en possession d'un fonds sur lequel un non-propriétaire lui a constitué une emphytéose [9].

L'emphytéote peut en outre, en tant que cela est nécessaire pour assurer l'usage de son droit, employer *utiliter* les divers moyens légaux qui servent au propriétaire à l'effet de prévenir ou de réparer les atteintes portées à l'exercice de son pouvoir en dehors de celles qui motiveraient la revendication [10].

B) Pour défendre la liberté de son domaine contre l'usurpation d'une emphytéose, le propriétaire devrait, d'après les principes généraux, intenter l'action négatoire. Mais comme l'usurpation de l'emphytéose implique usurpation de la possession, il y a lieu, dans ce cas, de recourir à la revendication [11].

[3] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* Cf. Fr. 73, § 1. Fr. 74. 75, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 16, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 66, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. – Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2.

[4] Fr. 1, § 1, D., *h. t.*–Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2.–Papinien, Fr. 66, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. « ... Ea actione quæ de fundo vectigali proposita est... ».

[5] Fr. 1, § 1. Fr. 3, D., *h. t.*, ci-dessus, § 146, note 5.

[6] *Voy.* ci-dessus, §§ 89. 90.

[7] *Voy.* ci-dessus, § 146, note 5, et Arg. Fr. 1, § 4, D., *de superficiebus* 43, 18. — Rédaction probable de la formule originaire : Si paret A^m A^m eum fundum in perpetuum... conduxisse, neque is fundus..... restituetur *rel.*

[8] Cependant, quand on conteste à l'emphytéote l'exercice des servitudes appartenant au fonds, il intentera, non pas l'*actio vectigalis,* mais l'action confessoire utile. Fr. 16, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nunt.* 39, 1, et ci-après, note 10.

[9] Fr. 12, § 2, D., *de Publiciana in rem actione,* ci-après, § 150, notes 5. 6, et ci-dessus, § 122.

[10] Les actions confessoire et négatoire. *Voy.* ci-dessus, § 136, note 7 et § 137, note 2, b. Les actions *finium regundorum*, *arborum furtim cæsarum*, *aquæ pluviæ arcendæ;* l'interdit *quod vi aut clam;* le droit de dénoncer nouvel œuvre et d'exiger la *cautio damni infecti* avec ce qui s'ensuit. Fr. 4, § 9, D., *finium regundorum* 10, 1.–Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nunt.* 39, 1.– Fr. 13, § 8, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 23, § 1, D., *de aquæ pluviæ arc. act.* 39, 3. – Fr. 11, § 14, D., *quod vi aut clam* 43, 24. – Fr. 5, § 3, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7. — Cf. ci-après, § 161, notes 7. 8 et t. II, §§ 278. 283. 286.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 118, notes 18. 19 et § 121, note 1. Arg. Fr. 1, § 4, D., *de superficiebus* 43, 18, et ci-après, § 152, note 23.

COMMENT L'EMPHYTÉOSE S'ÉTABLIT.

§ 150.

L'emphytéose s'établit par convention ou par disposition de dernière volonté [1]. Aucune formalité n'est prescrite pour la convention constitutive du droit d'emphytéose, si ce n'est en ce qui concerne les biens de l'Église, à l'égard desquels la loi exige un acte écrit [2]. Le bail emphytéotique, consenti par le propriétaire du fonds, implique constitution du droit d'emphytéose [3]. Il ne faut point de tradition, à moins qu'on ne veuille se servir de l'action Publicienne [4].

L'emphytéose peut-elle s'établir par usucapion? L'usucapion étant une institution du droit positif, on ne saurait l'appliquer que dans les cas où la loi l'admet expressément. Or, aucun passage du droit romain ne dit que l'emphytéose peut s'acquérir par ce moyen. Il y a d'ailleurs une raison qui paraît s'opposer à l'usucapion de l'emphytéose, c'est que ce droit n'est pas susceptible de quasi-possession, l'emphytéote ayant la possession du fonds même [5].

COMMENT L'EMPHYTÉOSE S'ÉTEINT.

§ 151.

Abstraction faite des causes d'extinction communes à tous les droits,

[1] *A*) GAIUS, III, 145. — § 3, I., *de locatione et conductione* 3, 24. — L. 1, C., *hoc titulo* 4, 66. — *B*) Ci après, t. III, § 432.

[2] *Nov.* 120, c. 6.

[3] Si le bail était consenti par un non-propriétaire, il ne donnerait naturellement qu'une *actio in personam*. Il en serait de même de l'engagement de constituer une emphytéose. Cf. ci-dessus, § 140, note 17.

[4] La loi n'exige nulle part la tradition pour la constitution du droit d'emphytéose; bien au contraire, elle dit que l'*actio in rem* compète aux fermiers emphytéotiques, dès que *fundum fruendo conduxerunt*. Fr. 1, § 1, D., *h. t.*

[5] *Voy.* ci-dessus, § 147, n° 3. On a invoqué le Fr. 12, § 2, D., *de Publiciana actione* 6, 2. « In vectigalibus et in aliis prædiis, *quæ usucapi non possunt*, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt », à l'appui des deux opinions, tant POUR que CONTRE l'usucapion de l'emphytéose; l'un et l'autre sans raison. CONTRE : il est évident que les mots « usucapi non possunt » veulent dire, non pas « que l'emphytéose ne peut être acquise par usucapion », mais « que l'emphytéote ne peut usucaper la propriété du fonds qu'il tient à bail ». Cf. Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2. POUR : de ce que l'on accorde la Publicienne au possesseur du fonds emphytéotique, il ne résulte point qu'il soit *in condicione usucapiendi*. Cf. ci-dessus, § 122, notes 8, 9. — On pourrait cependant imaginer un cas assez compliqué dans lequel le droit d'emphytéose naîtrait médiatement de l'usucapion, savoir si nous usucapons la propriété d'un fonds sur lequel le véritable propriétaire aurait, pendant le temps de l'usucapion, exercé le droit d'emphytéose en nous payant la rente. Ce dernier, en effet, aurait dès lors perdu la propriété par suite de notre usucapion, mais nous ne serions pas en droit de lui contester l'emphytéose Arg. L. 20, pr. C., *de agricolis* 11, 47.

l'emphytéose s'éteint : 1° par la perte totale du fonds emphytéotique [1]; 2° par l'expiration du temps, si elle est constituée à terme [2]; 3° par la confusion, lorsque le propriétaire succède dans le droit de l'emphytéote ou *vice versâ;* 4° par la résolution du droit du constituant dans les cas exceptionnels, dans lesquels le droit de propriété est révocable [3]; 5° par le consentement mutuel du propriétaire et de l'emphytéote, mais l'emphytéote ne peut renoncer à son droit sans l'agrément du propriétaire [4]; 6° par l'usucapion de la liberté du fonds, faite par le propriétaire ou par un tiers [5]. 7° Enfin dans certains cas, le propriétaire peut priver l'emphytéote de son droit, notamment *a*) si ce dernier vend l'emphytéose sans en avertir le propriétaire [6], *b*) si l'emphytéote ne paye pas les contributions publiques pendant trois années consécutives [7], *c*) s'il détériore considérablement le fonds emphytéotique [8], *d*) s'il reste sans payer la rente pendant deux ans quand il s'agit de biens de l'Église, et pendant trois ans quand il s'agit d'autres biens [9]. L'acceptation ultérieure de la part du propriétaire implique naturellement renonciation à son droit de faire décréter la déchéance; mais il n'est pas tenu d'accepter les offres tardives de l'emphytéote [10]. La privation cependant n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée par l'autorité judiciaire [11].

[1] L. 1 in f. C., *hoc titulo* 4, 66.

[2] Fr. 3, D., *h. t.* 6, 3. — *Nov.* 7, c. 3, § 2. — *Nov.* 120, c. 6, § 1.

[3] Cf. ci-dessus, § 145, n° 3 et § 94, note 12.

[4] L. 3, C., *de fundis patrimon.* 11, 63. — Arg. L. 3, C., *de obligationibus et actionibus* 4, 10.

[5] Cf. ci-dessus, § 115, note 1, combiné avec ce que nous avons dit au § 145, sur l'extinction des servitudes par non-usage.

[6] L. 3, C., *hoc titulo.*

[7] L. 2, C., *eodem.* — *Nov.* 7, c. 3, § 2.

[8] *Nov.* 7, c. 3, § 2. — *Nov.* 120, c. 8.

[9] L. 2, C., *h. t.* — *Nov.* 7, c. 3, § 2. — *Nov.* 120, c. 8.

[10] L. 2, C., *citée.* « ... Neque prætendente, quod non est super hac causa inquietatus, cum neminem oporteat conventionem vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis *generaliter* cautum est... » La *lex generalis* dont Justinien parle ici, ne nous est point connue. — Ajoutons que d'après le droit canon, l'emphytéote est relevé de sa déchéance s'il fait offre réelle des arrérages, avant que la privation ait été poursuivie par le *dominus.* C. 4, X., *de locato et conducto* 3, 18.

[11] Cela résulte des principes généraux et, par induction, de la L. 2, C., *citée.* « Volenti ei licere, eum a prædiis emphyteuticariis repellere *rel.* ».

TITRE QUATRIÈME.

DU DROIT DE SUPERFICIE †.

§ 152.

Superficies est tout ce qui s'élève au-dessus du sol [1]. D'après les principes généraux, la superficie appartient au propriétaire [2]; mais, si elle se compose de bâtiments, le droit prétorien admet qu'on peut en accorder l'usage comme droit réel [3], pourvu que l'octroi en soit fait à perpétuité ou au moins pour un temps assez long [4]. Dans cette hypothèse, le propriétaire du fonds demeure ou devient, à la vérité, propriétaire de la superficie [5]; mais le concessionnaire a, sur le bâtiment ou sur la partie du bâtiment concédés [6], un droit d'usage aussi étendu que celui de l'emphytéote sur les terres labourables qui lui sont affermées [7]. En général

† Tit. D., *de superficiebus* 43, 18. — Tit. C., *de diversis prædiis urbanis et rusticis templorum et civitatum et omni reditu civili* 11, 69.

[1] Fr. 71, D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.

[2] Gaius, II, 73. — Fr. 50, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 2, D., *h. t.* — Fr. 44, § 1, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. — Fr. 98, § 8, D., *de solutionibus* 46, 3. — Cf. Fr. 9, § 4, D., *de damno infecto* 39, 2.

[3] Les concessions superficiaires paraissent avoir été de tout temps très-fréquentes à Rome, surtout sur des terrains appartenant à la république ou à des municipes (la Loi Thoria agraria, c. 46, lin. 92, fait mention de possessions superficiaires, et nous possédons deux inscriptions du deuxième siècle qui se rapportent à des concessions de cette nature et qu'on trouve chez Bruns, *fontes*, p. 142, et Giraud, *Enchiridion*, p. 656); mais dans cette application, elles avaient naturellement un caractère précaire et essentiellement révocable. Cf. ci-dessus, § 146, note 1, et Fr. 2, § 17, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8; Fr. 2, D., *h. t.* — La superficie n'acquit le caractère de droit que par suite de l'interdit *de superficiebus;* elle fut élevée à la hauteur d'un droit réel par la sanction que lui donna l'*actio in rem.* Fr. 1, pr. § 1. 3, D., *h. t.* — Fr. 73, § 1. Fr. 74. 75, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 86, § 4, D., *de legatis I* (30). — Fr. 19, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. — C'est le même développement historique que celui de l'emphytéose. *Voy.* ci-après, notes 15 sqq., et ci-dessus, §§ 146. 149.

[4] *Voy.* ci-après, note 16.

[5] Fr. 1, pr. § 1. 3-5. Fr. 2, D., *h. t.* — Fr. 86, § 4, D., *de legatis* (30). — Fr. 19, pr. D., *de damno infecto* 39, 2.

[6] Bâtiment ou partie du bâtiment. Ainsi le Fr. 3, § 7, D., *Uti possidetis* 43, 17, traite d'un cas de superficie établie sur le premier étage (ou bien sur un rez-de-chaussée), ayant accès à la voie publique, *cœnaculum ex publico aditum habens*, tandis que la κρυπτή, c'est-à-dire le rez-de-chaussée (ou bien le souterrain), ayant également accès à la voie publique, est occupé par le *dominus.*

[7] Il paraît, au reste, que le droit de superficie n'était pas absolument restreint aux bâtiments. Arg. Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. — Les commentateurs ont aussi attribué au superficiaire une espèce de propriété, *dominium utile* *. Mais cette théorie n'a pas plus de fondement pour la superficie que pour l'emphytéose. *Voy.* Fr. 18, § 4. Fr. 19, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 1, § 1. 4, D., *h. t.* — Fr. 86, § 4, D., *de legatis I* (30), où le droit de superficie est même qualifié de *servitus.* Cf. ci-dessus, § 124, note 1.

il y a entre l'emphytéose et le droit de superficie analogie presque complète [8].

Ainsi, le droit d'usage et de jouissance du superficiaire fait partie de son patrimoine; il le transmet à ses héritiers; il peut en disposer comme bon lui semble, l'aliéner, l'hypothéquer, etc.; il peut constituer des servitudes pour la durée de son bail [9].

Par contre, le superficiaire est tenu des contributions et des charges qui grèvent le fonds, ainsi que de toutes autres prestations que l'acte constitutif de son droit lui impose, et parmi lesquelles figure habituellement le payement d'une rente à acquitter en échange de la jouissance concédée, *pensio* ou *solarium* [10]. A l'expiration de son droit, il est tenu de restituer le fonds superficiaire en bon état et non détérioré par sa faute [11].

Le droit de superficie s'établit, comme l'emphytéose, par disposition de dernière volonté ou par convention [12]. La convention peut être à titre gratuit ou à titre onéreux : dans la dernière hypothèse elle se présentera, soit sous la forme d'une vente (ou échange), quand le droit est concédé moyennant un prix une fois payé, soit plus habituellement sous la forme d'un bail, quand le superficiaire s'engage à payer une rente, *pensio* ou *solarium* [13].

Le droit s'éteint de la même manière que l'emphytéose, sauf les causes de privation qui ne s'y appliquent pas [14].

Dans l'origine, la concession d'une superficie n'était probablement assurée d'aucune garantie légale en dehors des actions personnelles que le superficiaire pouvait avoir vis-à-vis du concédant quand il y avait eu bail ou vente. Mais le préteur ne tarda pas à protéger la jouissance de la superficie contre les atteintes du dehors, en créant un interdit particulier

[8] Elle serait complète sans l'interdit *de superficiebus*, d'une part, et les causes de privation en matière d'emphytéose, d'autre part. *Voy.* ci-après, notes 14 et 15. Il faut cependant ajouter encore que l'emphytéose ne se conçoit guère sans rente.

[9] Fr. 1, § 6 sqq. D., *h. t.* Au § 6 *cité*, il faut remplacer le mot *petitori* par *pignori* ou *creditori*, tout en retranchant la préposition *in* qui suit. — Fr. 1, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 10, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 16, § 2. Fr. 17, D., *de pignoraticia actione* 13, 7. — Fr. 13, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 15, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. — Fr. 32, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 86, § 4, D., *de legatis I* (30).

[10] *Voy.* les deux inscriptions citées ci-dessus, note 3, et Fr. 74, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, § 2 in f. D., *de usufructu* 7, 1. — Fr. 15, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. — Fr. 39, § 5, D., *de legatis I* (30). — Fr. 39, § 2, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 2, § 17, D., *ne quid in loco publico fiat* 43, 8. — L 1, C., *de diversis prædiis urbanis* 11, 69.

[11] Cela résulte des principes généraux et de l'analogie avec l'emphytéose. Voir ci dessus, § 148, n° 2.

[12] *A*) Fr. 81, § 3. Fr. 86, § 4, D., *de legatis I* (30), et ci-après, t. III, § 432. — *B*) *Voy.* la note suivante.

[13] Fr. 1, pr. § 1-3, D., *h. t.* — Fr. 12, § 3, D., *de Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 3, § 7 in f. D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 18, § 4, D., *de damno infecto* 39, 2. Cf. les passages cités à la note 10.

[14] A moins qu'on ne veuille y appliquer la déchéance pour défaut de payement de la rente. Arg. Fr. 54, § 1. Fr. 56, D., *locati* 19, 2. *Voy.* ci-dessus, 151, notes 8-11.

de superficiebus[15]; il finit même, comme à l'égard des *agri vectigales*, par accorder une *utilis in rem actio*, pourvu que la concession eût été faite à perpétuité ou au moins pour un temps assez long[16]. Cette action est en tout conforme à l'*actio vectigalis* et elle est également admise comme Publicienne[17]. Le superficiaire peut en outre, pour assurer l'exercice de son droit, employer *utiliter* les divers autres moyens légaux dont nous avons parlé en traitant de l'emphytéose[18].

Par analogie avec l'emphytéose, il faut bien admettre que le superficiaire, qui exerce son droit, a la possession matérielle de la superficie et par suite même du fonds superficiaire, quand ce fonds est entièrement et directement occupé par les constructions[19]. Cette proposition n'est pas sans être contestée : des auteurs éminents n'attribuent au superficiaire qu'une *quasi possessio iuris* et invoquent à l'appui de cette opinion, d'une part, l'existence de l'interdit particulier *de superficiebus*, et, d'autre part, un passage d'Ulpien qui accorde au *dominus* l'interdit *Uti possidetis* contre le superficiaire. Mais l'interdit *de superficiebus*, bien que créé par analogie de *l'Uti possidetis*, n'est pas une action purement possessoire, puisqu'il suppose, outre l'exercice de la superficie, une *iusta causa possessionis*[20]; et la décision d'Ulpien, s'appliquant à un cas tout particulier, n'est point incompatible avec notre thèse[21]. Dès lors, aucun passage de nos lois ne parlant d'une *quasi possessio iuris superficiei*, l'analogie avec l'emphytéose,

[15] *Voy.* ci-dessus, note 3 et Fr. 1, pr. § 1. 2, D., *h. t.* Le texte de l'édit qui offrait l'interdit *de superficiebus* se trouve au Fr. 1, pr. D., *cité.* « UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS (*lisez* VENDITIONIS) SUPERFICIE, QUA DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUEMINI, QUO MINUS FRUAMINI, VIM FIERI VETO. SI QUA ALIA *rel.* — Cet interdit, analogue à l'interdit *Uti possidetis*, peut, comme celui-ci, constituer un *iudicium duplex*. Fr. 1, § 2, D., *h. t.*

[16] Fr. 1, pr. § 3, D., *cité.* « .... SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO ». § 3. « Quod ait Prætor : ..... CAUSA COGNITA DABO, sic intelligendum est ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet ». — Fr. 73, § 1. Fr. 74. 75, D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 1, pr. § 1. 3. 4. 6, D., *h. t.*

[17] Fr. 12, § 3, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2.

[18] Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. – Fr. 13, § 8. Fr. 39, § 2, D., *de damno infecto* 39, 2. Cf. ci-dessus, § 149, note 10.

[19] Dans l'hypothèse du Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis* 43, 17, ci-dessus, note 6, il en est autrement. En droit et en fait, la possession du sol et de la κρυπτή est au *dominus;* et la possession du *cœnaculum ex publico aditum habens*, au superficiaire.

[20] Fr. 1, pr. § 3, D., *h. t.*

[21] Loin de là, le Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis* 43, 17, où se trouve cette décision, confirme plutôt notre opinion. Ulpien y donne, à la vérité, l'*Uti possidetis* au *dominus*, tant contre le superficiaire que contre toute autre personne. Mais il ne faut pas oublier que l'interdit *Uti possidetis* suppose un fait de trouble (*voy.* ce que nous avons dit au § 138, note 8, sur le Fr. 3, § 5, D., *eodem*), et que dans l'hypothèse, traitée par Ulpien (qui est celle mentionnée ci-dessus, aux notes 6 et 19), le superficiaire, tout en étant possesseur de la superficie, peut parfaitement bien troubler le *dominus* qui demeure possesseur du sol et de la κρυπτή. Aussi Ulpien ajoute-t-il que le superficiaire n'a rien à craindre, s'il n'excède pas les limites dans lesquelles sa jouissance se trouve circonscrite. « Sed Prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis ».

et l'impossibilité physique d'admettre de la part du *dominus* l'exercice de la possession relativement à un terrain occupé par le bâtiment superficiaire [22], semblent devoir faire attribuer la possession corporelle au titulaire de la superficie, d'autant plus que le *dominus* paraît avoir la revendication contre celui qui usurperait pareil droit [23], et que le langage de nos sources est en général plus favorable à cette manière de voir [24].

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE †.

NOTION ET CONDITIONS REQUISES POUR L'EXISTENCE DES DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE.

Introduction historique.

§ 153.

Le but du gage et de l'hypothèque est d'assurer l'exécution d'une obligation, en donnant au créancier une garantie réelle au moyen d'une chose appartenant au débiteur ou à tout autre. Pour obtenir pareille garantie, les Romains employaient anciennement deux modes qui différaient entre eux comme le droit et le fait, comme la propriété et la possession.

Le premier de ces modes était aussi efficace que simple. Le débiteur donnait au créancier une chose dont il lui transférait la propriété par *mancipatio* ou par *in iure cessio* [1]. De cette manière le créancier avait

[22] Bien entendu, avec la distinction que nous avons établie ci-dessus, note 19.

[23] Fr. 1, § 4, D., *h. t.* « ... Plane si adversus superficiarium velit *vindicare*... ». — Cf. ci-dessus, § 149, note 11.

[24] Lex (Thoria) agraria, c. 46, lin. 92. — Le Fr. 1, § 5, D., *de vi* 43, 16, donne au superficiaire l'interdit *de vi*. Les Fr. 13, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1, et Fr. 1, § 1, D., *h. t.* emploient, par rapport au fonds superficiaire le mot *possessio* sans aucune autre qualification. — *Voy.* aussi le Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nuntiatione* 39, 1.

† Cette matière occupe le livre XX du Digeste et dans le Code les titt. C., VIII, 14-35. — Le livre XX du Digeste a été traité et commenté par Pellat, *Traduction du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes.* Paris, 1840. L'auteur a ajouté à ce livre la traduction du titre VI du livre II de l'ouvrage de M. Schilling, *Lehrbuch für Institutionem und Geschichte des römischen Privatrechts,* lequel titre VI traite *Du droit de gage et d'hypothèque.*

[1] Gaius, II, 59. « ..... Qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit, vel in iure cesserit...... 60. Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostræ res apud eum essent..... ». — Isidore, *Orig.*, V, 25. « Fiducia est, cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur vel in iure ceditur ». — Boethius, *ad Cic. topica*, *f.* « Fiduciam

C. 10, page 340, 39 Orelli

toute garantie possible, pourvu que la valeur de la chose fût assez considérable. Le débiteur, à la vérité, perdait la chose; mais on avait l'habitude d'ajouter au transfert de propriété une convention particulière, *fiducia*, par laquelle le créancier s'engageait à remanciper ou à rétrocéder la chose dès que le débiteur aurait payé la dette pour sûreté de laquelle elle avait été donnée [1]. Ordinairement, on convenait aussi que le débiteur conserverait la possession et la jouissance de la chose [2]. De fait, l'effet de la cession était alors tout simplement de donner au créancier la revendication, sans lui attribuer les avantages matériels contenus dans le droit de propriété.

C'est dans ce sens que l'usage et la jurisprudence développèrent l'institution. Ainsi, quand le créancier avait la possession et l'usage de la chose, il ne jouissait des fruits, du travail de l'esclave, etc., qu'à la charge de diminuer la créance en proportion de sa jouissance. Ainsi encore, en cas de non-payement, le créancier ne pouvait garder la chose pour lui : il devait la vendre et restituer l'excédant du prix de vente; et afin de prévenir toute fraude, il lui était défendu d'acheter soit par lui-même, soit par personnes interposées, la chose donnée en gage [3]. Par contre, le débiteur pouvait céder son droit de *fiducia* et l'action qui y était attachée [4]. — Le payement de la dette ne faisait pas de plein droit retourner au débiteur le *dominium* de la chose aliénée; pour le lui faire recouvrer, il fallait remancipation ou rétrocession. Cependant, s'il avait possédé la chose pendant un an [5], il en redevenait propriétaire par *usureceptio*, quoique, d'après la rigueur du droit, il ne fût pas de bonne foi, sachant bien que, d'après le droit des Quirites, elle n'avait pas cessé d'appartenir à autrui [6]. Cette *usureceptio* avait même lieu, sans que la dette eût été

vero accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet... Hæc mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur ». *Voy.* ci-dessus, § 53, note 7.— Une partie considérable d'une formule de pareille *mancipatio fiduciaria* nous a été conservée par une petite tablette de bronze, découverte en 1867 dans l'Andalousie, près de la ville de *Bonanza*, située sur l'embouchure du Guadalquivir, le *Bætis* des anciens. L'inscription, qui date probablement du commencement de l'empire, se trouve dans Bruns, *fontes*, p. 131, et Giraud, *Enchiridion*, p. 655.

[2] Cela pouvait se faire soit gratuitement, *precario*, soit moyennant un loyer que le débiteur payait au créancier. Gaius, II, 60 *in fine*.

[3] Paul, II, 13, 1-7.

[4] Sur l'*actio fiduciæ*, *voy.* ci-après, t. II, § 232. — Nous lisons dans Gaius, II, 220, que celui qui avait ainsi mancipé une chose conservait le droit de la léguer *per præceptionem*. Cf. ci-après, t. III, § 414, n° 2.

[5] Pourquoi ce delai d'*un an*, même pour les immeubles? Les anciens ne donnent aucune raison pour expliquer cette anomalie, et la sagacité des interprètes modernes n'a guère réussi à résoudre la question.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 110, note 37, et Gaius, II, 59. 60. « Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eamdem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etsi soli sit; quæ species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapio-

remboursée, pourvu, dans ce cas, que la possession n'eût pas été concédée par le créancier *precario* ou à titre de location [7].

Le second mode était plus simple encore que celui dont nous venons de parler, mais il était loin d'avoir la même efficacité. Sans aliéner la chose, sans même concéder aucun droit sur elle, le débiteur se bornait à la remettre au créancier à titre de gage, *pignori deponere* [8]. Il est probable que, dans l'origine, la remise, effectuée dans ces conditions, ne donnait au créancier d'autre garantie que celle qui résultait de l'impossibilité physique dans laquelle se trouvait le débiteur de disposer de la chose et du désir qu'il devait avoir de la recouvrer, en acquittant la dette [9]. Mais on ne tarda pas à accorder au détenteur du *pignus* la protection que l'édit offrait à ceux qui tiennent une chose avec l'intention de l'avoir pour eux, en d'autres termes, on lui attribua la possession dans le sens légal du mot [10], avec les avantages qui y sont attachés [11]. Pour rendre la garantie encore plus efficace, les parties pouvaient convenir qu'il serait permis au créancier de vendre la chose en cas de non-payement et de se faire payer sur le prix [12]. Cette clause finit même sans doute par être

nem. » 60. « Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostræ res apud eum essent (ci-dessus, § 33, note 8). Si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio : si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit; nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret, quo casu lucrativa usucapio competit ». Une réminiscence de la distinction établie dans la dernière phrase de ce passage se trouve encore au Fr. 16, D., *de obl. et act.* 44, 7, qui donne un échantillon frappant de l'étourderie des compilateurs du Digeste. — Gaius, III, 201.

[7] Gaius, II, 60 in fine, à la note précédente. On admettait cette *usucapio lucrativa* probablement par le motif que le créancier, qui laissait au débiteur la *possessio pro suo* de la chose engagée, pouvait être présumé avoir renoncé à son gage, présomption qui n'était point admissible quand il avait concédé la possession *precario* ou à titre de location.

[8] Isidore, *Orig.* V, 25. « Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum..... Nam pignus est, quod datur propter rem creditam : quæ dum redditur, statim pignus aufertur..... Pignus est enim, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor : ceterum dominium penes debitorem est ». — Paul, II, 4, *de commodato, deposito pignore fiduciave*. — Fr. 36, D., *de condict. indebiti* 12, 6. — Fr. 9, § 2, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 238, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16 et *passim*.

[9] Car, dans sa signification vulgaire et originaire, *pignus* veut dire tout simplement *garantie* et est synonyme de *cautio, sponsio, arrha. Voy.*, entre autres, Isidore, *Orig.* V, 25, et ci-après, t. II, § 259, note 2. Cependant dans le traité de fédération, conclu en 267 avec les Latins par Sp. Cassius Viscellinus, le *pignus* est mentionné comme donnant une garantie légale, et la loi des XII Tables connaît la *pignoris capio* comme une voie d'exécution forcée. *Voy.* ci-dessus, § 43, n° 5, et Festus, v. *Nancitor.* in XII : nactus erit, prehenderit. Item in fœdere latino : Pecuniam quis nancitor, habeto et si quid pignoris nancitor, sibi habeto. »

[10] Nous avons indiqué ci-dessus, § 81, notes 19-20, les motifs qui ont fait introduire cette faveur.

[11] Notamment les actions possessoires et l'*accessio possessionis*, très-importante pour l'interdit *Utrubi. Voy.* ci-dessus, § 89, note 11, et Fr. 16, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Fr. 14, § 3, D., *de diversis tempor. præscr.* 44, 3. — Fr. 13, § 12, D., *de adquirenda poss.* 41, 2.

[12] Gaius, II, 64. « ... Item creditor pignus *ex pactione* (alienare potest), quamvis eius ea res

sous-entendue alors qu'elle n'était pas stipulée expressément [13]; mais malgré l'avantage qu'elle donnait, elle ne créait aucun droit réel sur la chose, et si le créancier venait à en perdre la possession, il n'avait à sa disposition que le moyen, souvent insuffisant, des interdits possessoires, qu'il ne pouvait diriger que contre l'auteur de la dépossession [14].

D'après ce que nous venons de dire, on conçoit que le transfert avec *fiducia* avait particulièrement lieu à l'égard des immeubles, parce que les choses immobilières ne peuvent pas facilement être soustraites à la revendication du créancier. Par contre, le *pignus* s'appliquait de préférence aux choses mobilières, parce que, par rapport à ces choses, le créancier n'est suffisamment garanti qu'à la condition de les pouvoir tenir sous sa surveillance personnelle [15]. Mais l'un et l'autre de ces modes présentaient de graves inconvénients. La mancipation avec *fiducia* mettait le débiteur à la merci du créancier; le *pignus*, tout en privant le débiteur de l'usage de sa chose, ne donnait au créancier qu'une garantie de fait qui pouvait devenir illusoire quand il venait à perdre la possession.

Il était donc nécessaire de trouver un moyen légal qui, sans dépouiller le débiteur de sa propriété ni même de sa possession, donnât au créancier un droit efficace sur la chose qui devait servir de gage. Ce problème fut résolu par le droit honoraire à l'occasion de l'hypothèse suivante : le bailleur d'une ferme, *prædium rusticum*, désirait naturellement être assuré du payement de son loyer. Or, le fermier, n'ayant pas d'immeubles, ne pouvait donner de fiducie convenable; il avait bien des meubles, savoir les esclaves, les bestiaux, les ustensiles aratoires et les autres objets mobiliers qu'il introduisait dans la ferme pour l'exploitation agricole, mais il ne pouvait les donner en gage, sans se mettre dans l'impossibilité de cultiver. Pour concilier les intérêts des deux parties dans les limites du possible, on se contentait donc d'une simple convention sans dessaisissement actuel. Le fermier s'engageait à payer exactement le loyer et à fournir de ce chef caution suffisante; puis on ajoutait la clause

non sit; sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur ».

[13] PAUL, II, 5, 1. « Creditor, si simpliciter (*c'est-à-dire*, sine pactione) sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet ut pignus luat, ne a se distrahatur ». *Voy.* ci-après, § 161, notes 14 sqq. — Des traces de l'ancien droit se trouvent aux Fr. 6, § 8, D., *comm. divid.* 10, 3. – Fr. 4. 8, § 4. 5, D., *de pignorat. actione* 13, 7. – Fr. 14, § 5, D., *de divers. temp. præscr.* 44, 3. – Fr. 73 (75), D., *de furtis* 47, 2.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 80, note 7.

[15] § 7, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr 9, § 2. Fr. 35, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 238, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Pignus appellatum a *pugno*, quia res quæ pignori dantur manu traduntur : unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui ». — Cependant rien n'empêchait de donner en fiducie une chose mobilière (PAUL, II, 13, 2), et l'on remettait fréquemment des immeubles à titre de *pignus*. *Voy.* ci-après, t. II, § 241, note 1.

suivante : *donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quæ in fundo illata erunt, pignori sunto : ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto* [16]. Si le fermier exécutait fidèlement son engagement, cette clause se trouvait sans objet; mais s'il ne payait ni ne fournissait la caution promise, ou s'il enlevait les meubles introduits dans la ferme, *illata*, le créancier était, par la convention, autorisé à saisir ces meubles. Cependant le droit civil ne lui offrait aucun moyen pour arriver à cette fin : force fut donc aux magistrats de combler cette lacune [17]. A cet effet, le préteur Salvius [18] créa un interdit, qui permettait au créancier de s'emparer des *illata*, soit dans la ferme soit ailleurs, et le protégeait dans cette entreprise au moyen de la formule habituelle : QUOMINUS EA DUCAS, VIM FIERI VETO [19]. Cet interdit *adipiscendæ possessionis* [20] constituait sans doute un progrès réel, mais il laissait encore à désirer, d'abord parce qu'il ne donnait toujours que la simple garantie de fait résultant de la possession,

[16] Des formules de pareils engagements pour diverses causes se trouvent chez CATON, *de re rustica*, c. 146-149, dans les termes suivants ou analogues : « .... Idibus solvito. Recte hæc dari fierique, satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitratu domini. Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quæ in fundo illata erunt (*ou bien :* pecus et familia, quæ illic erit) pignori sunto. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domino esto... Si quid de iis rebus controversia erit, Romæ iudicium fiat ».

[17] La clause finale : DOMINI ESTO, combinée avec la clause précédente PIGNORI SUNTO, autorisait certes le *dominus* à avoir les *illata* à titre de gage; mais comme ces clauses, à défaut de mancipation et de tradition, ne lui conféraient ni la propriété de ces objets ni aucun droit réel sur eux d'après le *ius civile*, il n'avait aucune action pour s'en emparer légalement quand ils avaient été déplacés. Le même besoin n'existait point au même degré dans les baux des maisons, où le bailleur n'avait qu'à fermer les portes pour retenir les *illata*, ce qu'on appelle *percludere* ou *præcludere*. Fr. 9, D., *in quibus causis tacite pignus contrahitur* 20, 2. Le locataire y avait plutôt besoin d'être protégé contre des rétentions injustes : aussi créa-t-on à cet effet un interdit *de migrando*. *Voy.* ci-après, t. II, § 216 *in fine*. — Ce qui se passait ainsi en matière de bail confirme particulièrement ce que nous dit ci-dessus, § 71, OBSERVATION, sur l'analogie qui existe entre les anciens interdits et les ordonnances sur référé de notre procédure moderne. Tous les jours, dans nos grands centres de population, le préteur de la ville, que nous appelons *président du tribunal civil*, rend sur référé des interdits Salviens et quasi-Salviens et des interdits *de migrando*.

[18] Nous n'avons aucun renseignement sur ce préteur Salvius.

[19] Il est, en effet, plus que probable que c'est sous cette forme *prohibitoire* (et non comme *restitutoire*) que se rendait l'interdit Salvien, comme l'a établi RUDORFF (dans un intéressant article : *Über Pfandklagen*, qui se trouve dans *Zeitschrift für gesch. R. W.*, tome XIII, nº IV, p. 210 sq.), en argumentant de la place que cet interdit occupe dans l'édit et chez les jurisconsultes Paul et Venuleius, ainsi que des Fr. 52, § 2, D., *de adq. poss.* 41, 2; Fr. 2, § 3, D., *de interdictis* 43, 1; Fr. 1, § 29, D., *de aqua quotidiana et æstiva* 43, 20 et L. 3, C., *de pignoribus* 8, 14. Aux arguments de Rudorff, on peut en ajouter un, puisé dans la nature même des choses : c'est que l'interdit restitutoire suppose dans le chef du défendeur une obligation de restituer qui, dans notre hypothèse, pouvait fréquemment faire défaut, tandis que, certes, la convention autorisait le fermier à avoir la possession des *illata*, et que dès lors c'était un devoir pour le préteur de lui donner le moyen d'arriver à la réalisation de ce droit, non sanctionné par le *ius civile*. *Voy* ci-dessus, § 71, note 1, et l'analogie de l'interdit *de liberis ducendis* qui est, comme l'interdit Salvien, *in rem conceptum*. Fr. 3, pr. D., *de liberis exhib.* 43, 30. — THÉOPHILE *ad Instit.* IV, 15, 3. — Fr. 1, pr. § 1, D., *de Salviano interdicto* 43, 33, et ci-après, § 167, I.

[20] *Voy.* ci-après, § 167, I.

ensuite à cause des chances pénales de la procédure [21]. C'est pourquoi un autre préteur, Servius [22], résolut d'introduire le rapport dont il s'agit dans le domaine du droit normal, en créant une *in rem actio* au moyen de laquelle le bailleur pourrait revendiquer les *illata* comme l'aurait fait un créancier fiduciaire [23]. Seulement, pour user de ce droit, il ne suffisait pas que les objets eussent été introduits dans la ferme, il fallait de plus prouver qu'à l'époque de l'engagement, ils avaient appartenu au fermier, *in bonis coloni fuisse* [24] : sans cette condition, en effet, le bailleur ne saurait prétendre à un droit RÉEL, pareil droit ne pouvant être établi que par le maître de la chose [25]. Par la création de l'*actio Serviana*, le bailleur d'un *prædium rusticum* se trouvait donc, en vertu d'une simple convention de gage, dans une position aussi avantageuse que si les *illata* lui avaient été mancipés avec fiducie, sans que, pour atteindre ce but, le débiteur en eût été privé ni de droit, ni de fait. L'expérience ayant prouvé l'utilité du procédé, le principe de l'*actio Serviana* fut étendu à d'autres hypothèses, *quasi Serviana actio*, et finit par devenir général [26]. Cette réforme s'opéra avec d'autant plus de facilité que le droit administratif de la république employait depuis longtemps et sans inconvénient un mode de garantie et d'exécution tout à fait analogue dans la *subsignatio* et *obligatio prædiorum* [27]. Ainsi la simple convention de gage, que l'on s'habitua à désigner par le mot grec *hypotheca* [28], remplaça insensible-

[21] *Voy.* ci-dessus, § 71, notes 19 sqq. Ajoutons que l'interdit Salvien, étant *adipiscendæ possessionis*, ne pouvait plus servir si le bailleur, après en avoir usé pour obtenir la possession, venait à la perdre dans la suite. Cf. Fr. 28, D., *de pign. act.* 13, 7. « Si creditor... *amissa...* possessione Serviana actione petierit... ». — L. 2, C., *de præt. pign.* 8, 22.

[22] Il n'est guère probable que l'auteur de cette action soit le célèbre Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron (ci-dessus, n° 139); car il résulte de Cic., *pro Murena*, 20, que Sulpicius, comme préteur, n'était point chargé de l'administration générale de la justice, mais spécialement de la présidence de la *quæstio peculatus*.

[23] La formule de cette action était, comme dans toutes les actions prétoriennes, *in factum concepta*. Le préteur, en effet, ne pouvait dire : « SI PARET A° A° IUS HYPOTHECÆ esse » (comme il disait dans l'action confessoire), par la raison très-simple qu'à l'époque où il créa l'action, il n'y avait pas de IUS HYPOTHECÆ : il posait donc la question en fait : « SI PARET REM AB EO, CUIUS IN BONIS TUM FUIT, A° A° PIGNORI OBLIGATAM ESSE, etc. *Voy.* ci-après, § 166, note 17. Aussi l'action Servienne est-elle qualifiée de *in factum actio*, au Fr. 11, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. Cf. ci-dessus, § 52, OBSERVATION.

[24] Fr. 15, § 1, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 23, D., *de probat.* 22, 3, et ci-après, § 166, I, A.

[25] C'est, en effet, un droit réel, qui se trouve créé par l'action Servienne; mais ce droit existe en dehors du *ius civile*, *tuitione prætoris* : aussi la formule est-elle *in factum concepta*, comme celles de l'*actio vectigalis* et de l'action de superficie. *Voy.* ci-après, § 166, note 17, et ci-dessus, § 152, note 16; § 146, note 8 ; § 52, note 17.

[26] Outre le double avantage de donner au créancier une garantie réelle aussi complète que celle de la *mancipatio* avec fiducie, et ce sans priver le débiteur ni de sa propriété ni même de sa possession, le nouveau système permettait encore de faire servir la même chose comme garantie pour plusieurs dettes. *Voy.* ci-après, § 162.

[27] *Voy.* ci-dessus, § 21, notes 10 et suivantes.

[28] ISIDORE, *Orig.* V, 25. « Hypotheca est, cum res aliqua commodatur sine *depositione* pignoris,

ment la mancipation avec *fiducia* et il est tout naturel qu'on ait accordé le meme effet juridique à la convention, accompagnée ou suivie de la remise matérielle de la chose engagée, *pignus* proprement dit [29].

§ 154. *Nature du droit de gage ou d'hypothèque.*

Par suite de la création de l'action Servienne et de la généralisation du principe qui lui sert de base, la simple convention suffit dans le droit nouveau pour faire naître un *ius in re* [1], en vertu duquel le créancier peut poursuivre, partout où il la trouve, la chose sur laquelle le droit est établi, afin de la vendre et de se faire payer sur le prix. Pour désigner ce droit, l'on se sert indistinctement des mots *pignus* et *hypotheca*. Dans un sens plus restreint, le mot *pignus* ne s'emploie, à la vérité, que lorsque le créancier a la possession de la chose donnée en garantie, tandis que l'*hypotheca* proprement dite ne suppose point cette possession. Mais cette différence n'influe en rien sur la nature du droit réel, qui est la même dans les deux cas [2]. Le rapport dans lequel se trouve la chose frappée du droit d'hypothèque est exprimé par les termes *rem obligare* ou *obstringere*, *rem in obligationem deducere* ou *dare*, *rem pignori obligare* ou *dare* [3].

Le *pignus* suppose, comme objet, une chose corporelle déterminée; il frappe cette chose, ainsi que ses accessions [4], et il la suit partout, en

pacto vel cautione sola interveniente ». La première trace de ce terme (ὑποθήκη de ὑποτιθέναι, rendu littéralement par le mot latin *supponere*) se trouve dans un passage de Cicéron. D'après ce passage, qui fait partie d'une lettre adressée à Thermus, propréteur d'Asie, il paraît que, suivant le droit de cette province, le créancier pouvait, en vertu d'une simple convention de gage, contraindre le débiteur à délaisser la chose engagée. Cic., *ad familiares*, XIII, 56. « Præterea Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hæ commissæ sunt. Velim cures, ut aut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cluvii tradat aut pecuniam solvat ».

[28] Il paraît que, déjà du temps du jurisconsulte Julien, le principe de l'action Servienne était appliqué d'une manière générale au *pignus* et à la simple convention de gage. Fr. 28, pr. D., *de pignorat. actione* 13, 7, et Fr. 21, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. Cependant une constitution d'Arcadius et Honorius fait encore mention de *mancipatio* et de *pignoris atque fiduciæ obligatio*. L. 9, Th. C., *de infirmandis his quæ sub tyrannis aut barbaris gesta sunt* 15, 14.

[1] Fr. 30, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. — Fr. 19, pr. D., *de damno infecto* 39, 2.

[2] § 7, I., *de actionibus* 4, 6. « Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam *pignoris* appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam quæ sine traditione, nuda conventione, tenetur proprie *hypothecæ* appellatione contineri dicimus ». — Fr. 5, § 1, D., *de pignor.* 20, 1. « Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt ».

[3] § 5, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 11, § 5, D., *de pignorat. actione* 13, 7. — Fr. 30, § 1, D., *de except. rei iud.* 44, 2. — L. 2, C., *mandati* 4, 35. — Fr. 35, § 1, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 22, § 1, D., *de iure fisci* 49, 14 et *passim*.

[4] Fr. 16, D., *de servitutibus* 8, 1. — Fr. 18, § 1. Fr. 21, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 16, pr. Fr. 29, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. — *Voy.* aussi ci-après, § 159, notes 5-6 et § 168, nº 1.

quelques mains qu'elle passe [5]. Ce sont là des conséquences naturelles du caractère réel du droit [6]. — Cependant, comme le but pratique de l'institution est bien moins de soumettre le gage au pouvoir du créancier, que de lui donner une garantie dont l'efficacité se manifeste par la vente de la chose engagée, l'on a cru pouvoir l'étendre à toutes les choses susceptibles d'assurer pareille garantie, ces choses fussent-elles incorporelles. Dans ces extensions, l'hypothèque perd naturellement son caractère de droit réel; néanmoins on applique aux diverses hypothèses qui se présentent, en tant que la nature particulière de chacune d'elles le permet, les règles qui dominent la matière. C'est ainsi que nous avons vu appliquer, dans les limites du possible, les principes de l'usufruit aux choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage, bien que ces choses ne soient point susceptibles d'un véritable usufruit. Il suffit ici d'indiquer sommairement ces extensions de l'hypothèque. Nous y reviendrons avec plus de détail au paragraphe suivant.

La loi considère le droit d'hypothèque et de gage comme indivisible, alors même que la créance pour sûreté de laquelle il est constitué serait divisible [7]. La raison en est qu'il est difficile, souvent même impossible, de faire subir à la chose hypothéquée une division proportionnée à la divisibilité de la créance. Mais rien ne s'oppose à ce que les parties dérogent à cette disposition légale, en déclarant l'hypothèque divisible si, dans un cas donné, l'impossibilité signalée ne se rencontre point [8].

§ 155. *Conditions requises pour l'existence du pignus.*

Le droit de *pignus* suppose nécessairement : 1° une dette pour sûreté de laquelle le droit est constitué; 2° une chose propre à être donnée en gage ou grevée d'hypothèque.

1° Une dette. Le *pignus* est de sa nature un droit accessoire et ne peut exister qu'à la condition de garantir l'exécution d'un droit d'obligation appartenant à celui en faveur duquel il s'établit [1]. Il n'importe que l'obli-

[5] § 7, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 17, D., *de pignoribus* 20, 1. — L. 2, C., *si unus ex pluribus heredibus* 8, 32 et *passim*. *Voy.* ci-après, § 166, note 13.

[6] *Voy.* ci-dessus, note 1.

[7] Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2. « ... propter indivisam pignoris causam... ». — La conséquence la plus importante de cette indivisibilité consiste en ce que le droit d'hypothèque, établi sur une ou plusieurs choses, continue de frapper cette chose ou ces choses *in solidum*, quand même la dette pour la sûreté de laquelle il a été constitué serait éteinte en partie, comme nous le verrons ci-après, § 161 et § 168, n° 2. Cf. aussi Fr. 29, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.

[8] Pourquoi, en donnant comme gage dix actions de la Banque Nationale pour sûreté d'une dette payable par cinquièmes, ne pourrions-nous stipuler qu'après le payement du premier cinquième, les deux premières actions seront libérées, et ainsi de suite?

[1] L. 1. 2, C., *si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit* 8, 33. — Cf. Fr. 9, § 1, D., *de pignoratitia actione* 13, 7. — Fr. 3, pr. Fr. 33, D., *de pignoribus* 20, 1.

gation ait ou non reçu la sanction civile : une obligation naturelle peut servir de base au droit de *pignus* [2], pourvu que la loi ne la réprouve pas expressément [3]. Il n'est pas nécessaire que l'obligation soit présente : elle peut être future ou conditionnelle [4]. Dans ce dernier cas, l'hypothèque n'existera, à la vérité, que si la créance vient à naître [5] : mais alors elle aura un effet rétroactif au jour de sa constitution [6], à moins qu'il ne dépende de la volonté du futur créancier de faire naître ou de ne pas faire naître la créance que l'hypothèque est destinée à garantir [7]. Il n'est pas

[2] Fr. 5, D., *de pignoribus* 20, 1. « Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, ... et sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat. Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt, ... et vel pro civili obligatione, vel tantum naturali. Sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit ». – Fr. 14, § 1, D., *eodem*. – Fr. 13, pr. D., *de condict. indebiti* 12, 6. – Fr. 9, pr. § 3, D., *ad Sc. Maced.* 14, 6. – Fr. 2, D., *quæ res pignori datæ obligari non possunt* 20, 3. – Fr. 59, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 101, § 1, D., *de solut.* 46, 3. – L. 4. 22, C., *de usuris* 4, 32.

[3] Fr. 129, § 1, D., *de regulis iuris* 50, 17. « Cum principalis causa non consistit, nec ea, quæ sequuntur, locum habent ». – Fr. 11, § 3, in f. D., *de pignorat. actione* 13, 7. – Fr. 25, D., *de pignoribus* 20, 1. – L. 4. 22, C., *de usuris* 4, 32.

[4] Fr. 5, pr. in f. D., *de pignoribus* 20, 1, ci-dessus, note 2. Cf. Fr. 13, § 5, D., *eodem*, ci-après, note 5. – Fr. 1. 4. 9. 11, pr. § 1, D., *qui potiores in pignore habeantur* 20, 4.

[5] Fr. 5 in f. D., *de pignoribus*, ci-dessus, note 2. – Fr. 13, § 5, D., *eodem* 20, 1. « Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interum debeatur : sed, si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. . . . . ».

[6] Fr. 11, § 1, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. « . . . . Cum enim semel condicio exstitit proinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset ». — Cf. ci-après, t. II, § 205, A, n° 2.

[7] Tel n'est pas le cas de l'hypothèque accordée au pupille et à la femme, ayant pour but de garantir la bonne administration de la tutelle et la restitution de la dot. Il ne dépend pas, en effet, du pupille ou de la femme que le tuteur ou le mari devienne ou ne devienne pas débiteur. Aussi l'hypothèque rétroagit-elle au moment où la tutelle a pris naissance, où la dot a été constituée. Cf. ci-après, § 159, B, n[os] 2. 3. Ce que nous venons de dire s'applique également au cas où nous nous faisons constituer une hypothèque pour sûreté d'un prêt d'argent à faire au constituant, pourvu que nous soyons juridiquement tenu de faire le prêt ; et l'effet rétroactif est, dans ce cas, parfaitement légitime et rationnel. Car la justice et l'équité exigent que le créancier soit assuré de l'avantage, qui était pour lui une *condicio sine qua non* de l'engagement par lequel il s'est imposé l'obligation de donner son argent. Il n'en est pas de même si pareille obligation ne l'enchaînait point au moment où il a donné l'argent. Dans ce cas, il ne saurait invoquer aucun motif pour faire rétroagir l'hypothèque, puisque, à ce moment, il était libre de prêter ou de ne pas prêter ; bien au contraire, la rétroactivité pourrait avoir pour effet d'enlever à des créanciers antérieurs la priorité qui leur était acquise et le législateur qui admettrait, dans cette hypothèse, l'effet rétroactif faciliterait des collusions frauduleuses. Ce sont ces considérations, logiques et équitables, qui se trouvent indiquées dans le Fr. 1, pr. D., *qui potiores* 20, 4. « . . . Cum ex causa promissionis ad. . . . . quantitatis exsolutionem. . . . . compellitur » et qui ont engagé la jurisprudence moderne et le législateur belge (loi hypothécaire du 16 décembre 1851, art. 80) à accorder effet rétroactif à l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à fournir. D'autres textes de nos sources donnent des solutions conformes, au moins EN FAIT, par exemple : Fr. 4, D., *quæ res pignori* 20, 3 ; Fr. 1, § 1. Fr. 9. 11. 12, § 2, D., *qui potiores* 20, 4. Mais la rédaction de quelques-unes de ces décisions est inexacte et illogique, en attribuant l'effet rétroactif à des raisons qui n'ont rien de concluant. Cela est surtout vrai des Fr. 4, D., *quæ res pignori* 20, 3 et Fr. 9, § 1. Fr. 11, pr. D., *qui potiores* 20, 4, où Paul,

nécessaire que la dette à garantir soit celle du constituant : rien ne s'oppose à ce que nous grevions notre chose d'un *pignus* pour la dette d'un autre [8].

2° Une chose propre. Il faut d'abord que la chose soit dans le commerce et puisse être aliénée [9], puisque le droit de *pignus* peut éventuellement donner lieu à une aliénation [10]. Pour hypothéquer ou engager une chose, il faut en être propriétaire [11] et capable d'aliéner [12]. L'engagement de la chose d'autrui est nul, mais il peut devenir valable par le consentement ou par la ratification du propriétaire [13]. On peut cependant engager la chose d'autrui pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire [14]. Si, en

Africain et Gaius refusent la rétroactivité par la raison qu'il dépendait du DÉBITEUR que la condition fût ou non accomplie. Malgré l'autorité qui s'attache aux noms de ces trois jurisconsultes, il faut bien convenir que l'argument qu'ils donnent n'a aucun rapport avec la question et que, sans valeur dans la plupart des cas qui peuvent se présenter, il conduit parfois, comme dans l'hypothèse du crédit ouvert, à des résultats aussi iniques qu'illogiques. Pour bien saisir les décisions des Fr. 4, D., *quæ res pignori* 20, 3 et Fr. 1, § 1. Fr. 9, § 1. Fr. 11, pr. D., *qui potiores* 20, 4, il faut, au reste, se rappeler qu'en droit romain la simple promesse de faire un prêt, quand elle n'est pas revêtue de la forme de la stipulation, n'entraîne point pour le promettant l'obligation (civile) de l'effectuer. *Voy.* ci-après, t. II, § 233, note 3. Il en est autrement de la promesse, faite par stipulation, de donner une somme d'argent à titre de dot, hypothèse dont traite le Fr. 1, pr. D., *qui potiores* 20, 4.

[8] Fr. 5, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1.

[9] On dit, à la vérité, aussi que le prisonnier de guerre racheté est engagé *iure pignoris* à celui qui l'a racheté ; mais nous verrons, ci-après, que ce rapport est d'une nature toute particulière et n'implique point de droit d'hypothèque dont nous traitons ici. Cf. ci-après, t. III, § 335, note 4 et § 339, note 11.

[10] PAUL, V, 1, 1. — Fr. 1, § 2. Fr. 5. Fr. 9, § 1, D., *quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt* 20, 3. — L. 21, C., *de SS. Ecclesiis* 1, 2. — L. 1, C., *de patribus qui filios* 4, 43. — L. 6, C., *de pignoribus* 8, 14. — L. 3, C., *quæ res pignori* 8, 17. — *Nov.* 134, c. 7. — Au reste, il est indifférent que le créancier soit *personnellement* incapable d'acquérir la chose sur laquelle l'hypothèque doit être constituée. Fr. 24, D., *de pignoribus* 20, 1. « In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur ».

[11] Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire pour le tout (ci-après, note 21) ; il suffit même d'être nu propriétaire. Fr. 18, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. *Voy.* ci-après, § 159, note 5 et tit. C., *si aliena res pignori data sit* 8, 16, et surtout les L. 1. 6, C. *eodem.* — Rien ne s'oppose, au reste, à ce que l'on engage des choses futures. Fr. 15, pr. D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 11, § 3, D., *qui potiores* 20, 4. Cf. ci-après, note 23 et § 159, notes 5. 6.

[12] Fr. 1, § 2. 4. Fr. 2, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. — L. 22, C., *de administr. tutorum* 5, 37. — L. 2, C., *de curatore furiosi* 5, 70.

[13] La ratification rétroagit alors, sauf à l'égard des dispositions que le propriétaire a pu faire, avant d'avoir ratifié. Fr. 2. 20, pr. D., *de pigneratitia actione* 13, 7. — Fr. 4, § 3, D., *de in diem addictione* 18, 2. — Fr. 16, § 1. Fr. 26, § 1, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 5, § 2, D., *in quibus causis pignus tacite contrahitur* 20, 2. — L. 2. 4. 6, C., *si aliena res pignori data sit* 8, 16. — Cf. Fr. 9, § 1, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6.

[14] Fr. 16, § 7, D., *de pignoribus* 2, 1. Cette clause, qui est sous-entendue quand il s'agit d'une chose due au débiteur (Fr. 1, pr. *verb.* si non fuit D., *de pignoribus* 20, 1, ci-après, note 17 ; Fr. 3, § 1, D., *qui potiores* 20, 4), ne donne point à la convention hypothécaire un caractère conditionnel ; elle constitue ce que les Romains appellent une *condicio tacita quæ negotio inest.* Aussi l'acquisition de la chose n'a-t-elle point d'effet rétroactif : l'hypothèque ne commence qu'au moment où la chose entre dans le domaine du constituant. Fr. 7, § 1, D., *qui potiores* 20, 4. *Voy.* ci-dessus, § 36, note 1, et ci-après, § 156, note 13.

dehors des deux hypothèses mentionnées, quelqu'un engage une chose qui ne lui appartient pas, il n'y a certes pas de *pignus* [15]; cependant l'on accorde au créancier de bonne foi une action hypothécaire utile [16], si le constituant vient à acquérir la propriété par la suite [17], ou si le propriétaire de la chose devient héritier du constituant [18]. Cet avantage est assuré au créancier de bonne foi, quelle que soit la condition du constituant; mais si ce dernier avait, au moment de la constitution, la possession de bonne foi de la chose, la position du créancier est plus favorable encore. Dans ce cas, en effet, il jouit immédiatement d'une action hypothécaire utile, régie par les principes de l'action Publicienne [19]. — Il va de soi que l'engagement de la chose du créancier, étant contraire à l'essence du droit d'hypothèque, est radicalement nul, et ne peut jamais devenir valable [20].

Le *pignus*, engendrant un *ius in re*, ne peut à la rigueur être établi que sur une chose corporelle. Cependant, comme nous l'avons vu au § 154, on a fini par appliquer ce mode de garantie même aux choses incorporelles, en un mot à toutes les choses et à tous les droits susceptibles d'être aliénés moyennant un prix d'argent. Ainsi le copropriétaire peut engager son droit indivis [21]; l'emphytéote et le superficiaire peuvent

[15] Il va sans dire que le constituant lui-même ne peut se prévaloir de cette nullité. Fr. 21, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1.

[16] Cet avantage n'est point accordé au créancier qui savait que la chose était à autrui. Cependant, s'il se trouve en possession de la chose, Papinien lui accorde le droit de rétention. Fr. 1, pr. D., *de pignoribus* 20, 1 (ci-après, note 17), où le mot *difficilius* équivaut à une négation, comme les mots *non facile, difficile* dans les passages suivants de Papinien : Fr. 24, D., *depositi* 16, 3, et Fr. 95, § 3, D., *de solutionibus* 46, 3. Cf. Fr. 8, D., *de collatione bonorum* 37, 6.

[17] Fr. 41, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus esse eius rei cœpisti ; datur utilis actio pignoratitia creditori... » — L. 5, C., *si aliena res pignori data sit* 8, 16. — Arg. Fr. 1, pr. D., *de pignoribus* 20, 1. « ... In speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quæsito, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur;* sed facilior erit possidenti retentio ». Le Fr. 9, § 3, D., *qui potiores* 20, 4 est incompatible avec ces décisions. — Il va sans dire, au reste, que les hypothèques, validées ainsi par une considération d'équité, seront toujours primées par celles que le véritable propriétaire a pu consentir.

[18] Paul, Fr. 41, *verb.* Non est idem D., *de pignor. act.* 13, 7, décide, pour ce cas, le contraire. Mais l'opinion affirmative de Modestin, Fr. 22, D., *de pignoribus* 20, 1, doit être préférée, comme étant plus équitable et seule conforme au principe de l'*exceptio rei venditæ et traditæ. Voy.* Fr. 1, § 1, D., *de exc. rei vend. et trad.* 21, 3, et ci-dessus, § 120, notes 26. 33.

[19] Fr. 18, D., *de pignoribus* 20, 1. « Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam ». — Fr. 21, § 1, D., *eodem.* — Fr. 14, D., *qui potiores* 20, 1. « Si non dominus duobus eamdem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est : quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit ». Cf. ci-après, § 166, note 34.

[20] *Voy.* ci-après, t. II, § 199, note 6, et Fr. 29, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 30 in f. D., *de except. rei iudicatæ* 44, 2. — Fr. 45, pr. D., *de reg. iur.* 50, 17. « Neque pignus neque depositum, neque precarium neque emtio, neque locatio rei suæ consistere potest ». — Cf. cependant ci-après, § 164, note 8 et 168, n° 3.

[21] Obligatio prædiorum Traiani, I. « 2. M. Virius Nepos professus est prædia rustica..... item

hypothéquer leurs droits réels [22]; l'usufruitier peut engager l'exercice de son usufruit et l'on admet même la création d'un droit d'usufruit à titre de gage [23]. Les servitudes prédiales, étant établies en faveur d'un fonds déterminé, ne peuvent certes être engagées sans ce fonds; mais, d'après un passage de Paul, il se peut que notre créancier obtienne de nous, à titre de gage, le droit d'exercer sur notre fonds les pouvoirs contenus dans une servitude rurale (pourvu qu'il ait un fonds idoine) et de vendre, après l'échéance de la dette, cette même servitude à un propriétaire voisin [24]. — Nous pouvons aussi engager ou hypothéquer un droit de *pignus* qui nous compète, *pignus pignori datum,* ce qui donne à notre créancier le pouvoir de faire valoir le *pignus* en notre nom [25].

On a poussé plus loin encore l'extension en appliquant l'hypothèque à une classe de droits qui exclut toute idée de droit réel : on a admis l'engagement d'une obligation, *pignus nominis*. La constitution de gage ou d'hypothèque sur une obligation donne le pouvoir de vendre la créance et de se faire payer sur le prix de vente, ou bien d'exiger l'exécution de l'obligation à la place du créancier originaire et de garder comme gage la chose qui faisait l'objet de l'obligation [26]. — Enfin, n'oublions pas que,

fundum Arsuniacum cum casis pro parte dimidia et tertia et duodecima..... et fundum Messianum Allelianum pro parte quarta..... ». 9. « Sulpicia Priscilla..... professa est... obligare... saltum sive fundum Rubacotium et Solicelo in solidum et saltum Eborelianum pro parte dimidia..... ». 43. « Coloni Lucenses publice professi sunt saltus prædiaque Bitunias..... pro indiviso pro parte tertia, quæ pars fuit C. Attii Nepotis... ». — Fr. 6, § 8-9, D., *communi dividundo* 10, 2. – Fr. 3, § 2. Fr. 15, D., *qui potiores* 20, 4. – Fr. 7, § 4, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. – L. 2, C., *communi dividundo* 3, 37. – L. un. C., *si communis res pignori data sit* 8, 22.

[22] Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 13, § 3. Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 15, D., *qui potiores in pignore* 20, 4.

[23] Fr. 11, § 2. Fr. 15, pr. D., *de pignoribus* 20, 1. Cf. Fr. 8, pr. D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6.

[24] Marcien, Fr. 11, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. « Iura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt. Ideo nec convenire possunt ut hypothecæ sint ». Paul, Fr. 12, D., *eodem :* « Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait : ut talis pactio fiat, *ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur*, scilicet si vicinum fundum habeat; *et*, si intra diem certum pecunia soluta non sit, *vendere eas vicino liceat*. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est ». — Cette singulière disposition pourrait, à la rigueur, s'expliquer s'il était permis de considérer la *pignoratio* d'un droit de servitude uniquement comme l'octroi du mandat de vendre le démembrement du droit de propriété qui comprend les pouvoirs contenus dans la servitude; mais la *pactio, ut quamdiu pecunia soluta non sit eis servitutibus creditor utatur*, y ajoute un élément qui rend, à notre avis, la décision de Paul incompatible avec la nature des servitudes prédiales. Il est également impossible (quelque peine qu'on se soit donnée à cet effet) d'expliquer d'une manière satisfaisante la différence que ce passage établit entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines.

[25] Voir, pour les détails, ci-après, § 165.

[26] L'effet de l'engagement d'une créance est décrit dans les passages suivants. Fr. 18, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 20, D., *de pignoribus* 20, 1. – L. 4, C., *quæ res pignori* 8, 17. – Les Fr. 15, § 8. 10, D., *de re iudic.* 42, 1, et L. 7, C., *de heredit. vel act. vend.* 4, 39, traitent de la saisie d'une créance faite en exécution d'un jugement.

dans le Bas-Empire, les offices publics, *militiæ*, pouvaient être vendus et engagés [27].

De ce qui précède, il résulte que presque tous les droits qui font partie de notre patrimoine peuvent devenir l'objet d'un *pignus*. Dès lors rien ne s'oppose à ce qu'on engage un ensemble de choses ou de droits, même un patrimoine entier [28]. L'hypothèque qui frappe un patrimoine entier s'appelle hypothèque générale, en opposition à toute autre, appelée hypothèque spéciale, qu'elle comprenne une chose particulière ou plusieurs choses ou même une universalité autre qu'un patrimoine entier [29]. L'hypothèque générale frappe tous les biens du débiteur, les biens présents et les biens à venir [30], excepté ceux qu'il n'est pas vraisemblable qu'il eût hypothéqués spécialement, par exemple, les objets nécessaires à la vie, ses habits et ceux de sa famille, etc. [31]. Les choses dont le débiteur est propriétaire au moment de la constitution de l'hypothèque restent donc toujours grevées quand même elles passeraient en d'autres mains, car l'hypothèque est un droit inhérent à la chose [32]. Les choses qui entrent par la suite dans le patrimoine, y compris les valeurs que peut produire la vente ou l'échange des biens présents, sont frappées de l'hypothèque au moment de leur entrée [33].

Les mêmes règles doivent être appliquées aux autres *universitates rerum*. En effet, si j'ai constitué un droit d'hypothèque sur mon troupeau, il est évident que toutes les têtes qui composent le troupeau sont frappées d'hypothèque et qu'elles le resteront, en quelques mains qu'elles vien-

[27] *Nov.* 53, c. 5.—Cf. L. 27, C., *de pignoribus* 8,14.—*Voy.* ci-dessus, n°s 205. 209, et ci-après, t. II, § 209, A.

[28] Il n'en est pas moins vrai que la création des hypothèques générales a fait naître de grandes difficultés qui déparent le système romain et qui étaient inévitables, soit qu'on restreignît l'institution aux biens présents, hypothèse dans laquelle la preuve était d'une complication extrême, soit qu'on l'étendît (comme les Romains l'ont fait) aux biens à venir, ce qui amène inévitablement des conflits. Tout fait supposer que cette création est due au génie fiscal de l'empire. *Voy.* ci-après, § 158, B, n° 1.

[29] C'est du moins dans ce sens que nous devons employer ces termes, si nous voulons leur donner une valeur technique. L. 9, C., *quæ res pignori* 8, 17. Dans nos sources nous trouvons, pour désigner l'hypothèque générale, les termes suivants: *Omnia bona quæ habet quæque habiturus est, obligare; universa bona generaliter pignori accipere*, etc.

[30] Originairement on avait l'habitude de convenir expressément que les biens futurs seraient frappés de l'hypothèque. PAUL, V, 6, 16. – Fr. 15, § 1. Fr. 34, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 21, D., *qui potiores in pign.* 20, 4. Mais Justinien déclare dans la L. 9, C., *quæ res pign.* 8, 17, que la mention des biens à venir est inutile.

[31] PAUL, V, 6, 16. – Fr. 6-9, D., *de pignoribus* 20, 1. – L. 1, C., *quæ res pignori* 8, 17.

[32] Fr. 15, § 1, D., *de pign.* 20, 1. – Fr. 1, D., *de distract. pign.* 20, 5. – Fr. 47, pr. D., *de iure fisci* 49, 14. – L. 8, in f. C., *de secundis nuptiis* 5, 9. – L. 2, C., *de pign.* 8, 14. – L. 17, C., *de distract. pign.* 8, 28. – L. 6, C., *de privil. fisci* 7, 75. —Exception en faveur de l'affranchissement d'un esclave fait sans intention frauduleuse. Fr. 29, pr. D., *qui et a quibus manumissi* 40, 9. – L. 2. 3, C., *de servo pignori dato* 7-8. — Une disposition tout à fait particulière se trouve L. 11 in f. C., *de remiss. pign.* 8, 26.

[33] Fr. 1, pr. D., *de pignoribus* 20, 1.

nent à passer. De plus, la loi déclare expressément que les têtes nouvelles qui remplacent des animaux morts seront également soumises à l'engagement [34]. Il n'y a qu'une exception à cette règle en faveur des *universitates* qui supposent nécessairement des opérations continuelles d'achat et de vente, par exemple un magasin. Les objets qui sortent du magasin deviennent libres, ceux qui y entrent sont soumis à l'hypothèque; en d'autres termes, l'objet de l'hypothèque est l'*universitas* telle qu'elle se trouve au moment où le créancier veut poursuivre son droit [35]. C'est à tort que quelques auteurs étendent cette règle à toutes les *universitates* [36].

COMMENT LE DROIT DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE S'ÉTABLIT.

§ 156. *Par convention et par disposition de dernière volonté.*

On peut assurer à un créancier le payement de sa créance en lui léguant un droit de gage ou d'hypothèque sur une chose quelconque ou sur toute la succession [1].

De même, on peut par convention constituer un *pignus* sur sa chose pour assurer le payement de sa dette ou de la dette d'un autre. A cet effet, aucune formalité n'est requise [2] : il suffit du consentement des parties [3],

[34] Fr. 13, pr. D., *de pignoribus* 20, 1. « Grege pignori obligato, quæ postea nascuntur tenentur. Sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur ». Toutefois cette règle ne s'applique qu'aux *universitates* composées d'objets homogènes. Arg. Fr. 26, § 2, D., *eodem.*

[35] Fr. 34, D., *de pignoribus* 20, 1. — Le Fr. 9, D., *in quibus causis pignus tacite contrahitur* 20, 2, n'offre aucune analogie avec le cas traité dans le Fr. 34, D., *cité.* L'affranchissement, dont il est question dans le Fr. 9, doit être considéré comme ayant été fait en fraude des droits du créancier. *Voy.* ci-dessus, note 32.

[36] Cf. ci-dessus, § 30, notes 4 et 5.

[1] Ulpien, Fr. 26, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit ». — L. 1, *verb.* Cum enim C., *communia de legatis et fideicommissis* 6, 43. — *Voy.*, pour les détails, ci-après, t. III, § 432.

[2] Il est probable que les Romains dressaient des actes écrits quand il s'agissait d'une hypothèque quelque peu importante, et nous possédons peut-être dans l'*obligatio prædiorum* de Trajan un document de ce genre. *Voy.* ci-dessus, page 11 sq. et § 155, note 18. Il est possible encore que l'on ait eu l'habitude de placer des inscriptions sur l'immeuble hypothéqué, puisque cela se pratiquait même pour indiquer qu'un fonds était grevé de servitudes (ci-dessus, § 49, note 4 *in fine*); mais les textes que l'on cite à ce propos ne sont pas probants. Dans tous les cas, il est certain qu'aucune formalité n'était nécessaire pour donner efficacité à la convention de gage. Le système romain manquait ainsi de la publicité, élément essentiel de tout régime hypothécaire. Nous aurons à revenir, aux §§ 162-163, sur cette lacune de la législation romaine, qui a d'autant plus lieu de nous surprendre que les registres du cens et du cadastre pouvaient facilement servir de moyen de publicité, au moins pour les immeubles.

[3] § 7, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 17, § 2, D., *de pactis* 2, 14. – Fr. 1, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 4, D., *de pignoribus* 20, 1. « Contrahitur hypotheca per pactum conventum ... nec ad rem pertinet, quibus fit verbis..... Et ideo, et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et

qui n'a pas même besoin d'être formulée d'une manière expresse [4]. Si le créancier veut avoir la garantie de fait que donne le gage proprement dit, la tradition de la chose est nécessaire [5]; mais il importe de rappeler que, au point de vue du droit, le gage n'a aucun avantage sur la simple hypothèque [6]. — Dans la législation de Justinien, l'acquisition du *pignus* peut se faire par mandataire [7].

Pour l'établissement d'un droit de gage ou d'hypothèque, il faut naturellement la réunion des deux conditions exposées au paragraphe précédent. L'existence de ces deux éléments, jointe à l'acte de constitution, détermine l'époque à laquelle le droit commence à exister. Ainsi le *pignus* convenu pour une dette actuelle prend naissance au moment de la convention conclue [8], pourvu que la chose soit propre à être grevée d'hypothèque [9]. Il en est de même de l'hypothèque consentie pour une dette à

probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt..... ». — Fr. 34, § 1, D., *eodem*. — Fr. 4, D., *de fide instrumentorum* 22, 4.

[4] Fr. 5, § 2, D., *in quibus causis pignus tacite contrahitur* 20, 2. — Fr. 3, § 2, D., *qui potiores* 20, 4. — L. 2, C., *quæ res pignori* 8, 17. « Cum constat pignus consensu contrahi : non dubitamus eum, qui emtiones agrorum suorum (c'est-à-dire les titres d'acquisition de ses immeubles) pignori deposuit, de ipsis agris obligandis cogitasse ». Cf. Fr. 20, D., *de pign.* 20, 1. « ... Accipiet cautiones ». — L. 9, C., *eodem*. C'est au même ordre d'idées qu'il faut rapporter la L. 5, C., *locati* 4, 65, en entendant les mots *voluntate dominorum* de l'engagement pris par le locataire envers le bailleur d'importer *tels* meubles, lequel engagement vaut constitution d'hypothèque. Cf. ci-après. note 13 et § 158, note 6.

[5] Remarquons ici que la remise d'un gage peut se faire par *traditio brevi manu* et au moyen du constitut possessoire. *Voy.* ci-dessus, § 106, B.

[6] *Voy.* ci-dessus, § 154, note 2, et ci-après, § 160, note 8.

[7] D'après Justinien, L. 2, C., *per quas personas nobis adquiritur* 4, 27, il n'en était pas de même avant lui, et cette assertion est conforme à l'esprit de l'ancien droit (ci-dessus, § 96, notes 1-3, et ci-après, t. II, § 222, notes 2-5); bien que l'on ait tort d'invoquer à ce sujet les Fr. 11, § 6, D., *de pignorat. act.* 13, 7, et L. 16, C., *de pignoribus* 8, 14, qui ne parlent point de l'action hypothécaire. — Cependant d'après le Fr. 21, pr. D., *de pignoribus* 20, 1, Ulpien aurait déjà proclamé la validité du *pignus* acquis *per procuratorem*. Faut-il admettre avec Rudorff que le jurisconsulte, dans ce passage, ait entendu parler d'une simple convention de gage, ayant uniquement pour but de conférer au propriétaire la *possession* et n'autorisant que l'interdit Salvien *adipiscendæ possessionis* (ci-dessus, § 153, note 19, combiné avec le § 85, note 20)? Cette hypothèse trouve, à la vérité, un certain appui dans la circonstance que le passage dont il s'agit est tiré du commentaire d'Ulpien « ad Edictum, libro LXXIII » où ce jurisconsulte traite de l'interdit Salvien, et dans la formule de Caton, *de re rustica*, c. 146. « ... domino aut cui iusserit... » (ci-dessus, § 153, note 16); mais elle paraît moins probable quand on tient compte de l'époque à laquelle vécut Ulpien. Nous pensons qu'il faut plutôt admettre une interpolation des rédacteurs du Digeste.

[8] Fr. 1, pr. Fr. 11, pr. D., *qui potiores in pignore* 20, 4. — Même dans le *pignus* proprement dit, le *ius in re* commence au moment de la convention. bien que la tradition de la chose n'ait pas encore eu lieu. Fr. 12, § 10, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. « Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse. Nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem ». C'est dans ce sens qu'il faut entendre le Fr. 1, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 153, notes 9-20.

terme, puisque le terme ne suspend pas l'existence du droit d'obligation [10]. Si la dette est future ou conditionnelle, le droit d'hypothèque n'aura d'existence que si la dette elle-même vient à naître, mais il peut rétroagir au moment de la convention, conformément à ce qui a été dit ci-dessus [11]. Si les parties ont fait dépendre d'une condition l'existence de l'hypothèque même, il est évident que le créancier n'a point d'action en vertu de cette éventualité de droit; mais il peut, le cas échéant, exiger caution pour garantir son droit éventuel [12], et la condition accomplie rétroagira en sa faveur, comme dans le cas où l'hypothèque est constituée pour sûreté d'une créance conditionnelle [13]. On comprend difficilement la constitution d'une hypothèque qui, tout en étant établie pour sûreté d'une dette actuelle, ne doive prendre naissance qu'à un moment futur déterminé, *ex die* [14]; mais rien ne s'oppose à ce que les parties limitent l'existence d'une hypothèque de cette façon que le droit s'éteindra à une époque convenue d'avance, *in diem* [15].

§ 157. *Par l'autorité judiciaire.*

Nous avons à distinguer deux cas :

A) Le *pignus prætorium* [1]. Nous avons indiqué ci-dessus, au § 70, les divers cas dans lesquels le préteur, pour vaincre le mauvais vouloir d'un débiteur récalcitrant ou pour garantir un droit actuel ou futur, usait du moyen extrême d'envoyer le créancier en possession, soit d'une chose déterminée, soit de tous les biens de la partie adverse, *missio in posses-*

[10] Fr. 12, § 2. Fr. 18, D., *qui potiores in pignore habeantur* 20, 4.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 155, notes 6. 7. 8.

[12] Fr. 13, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1. « Sed si præsens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendæ sunt : *si condicio exstiterit, nec pecunia solvatur*, restitui hypothecam si in rerum natura sit ». *Voy.* aussi ci-après, t. II, § 205, A.

[13] Cette proposition, consacrée par le Fr. 12, § 2, D., *qui potiores* 20, 4, résulte des principes généraux à exposer ci-après, t. II, § 205, B, et des décisions analogues que nous avons rapportées ci-dessus, § 155, notes 4 et 11. Il faut également rappeler l'observation faite à cette dernière note, à propos du Fr. 7, § 1, D., *qui potiores* 20, 4, à savoir que l'effet rétroactif est inhérent aux conditions proprement dites, mais non pas aux clauses qui contiennent simplement ce que les Romains appellent *condicio tacita quæ negotio inest*. Cf. Fr. 11, § 2, D., *qui potiores* 20, 4.

[14] Si cela se présentait, il faudrait plutôt présumer que l'intention des parties a été de suspendre l'exercice de l'action hypothécaire.

[15] Fr. 6, pr. D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6.

† Tit. C., *de prætorio pignore et ut in actionibus debitorum missio prætorii pignoris præcedat* 8, 22. — Tit. C., *si in causa iudicati pignus captum sit* 8, 23.

[1] Fr. 12, D., *pro emtore* 41, 4. — Inscr. Tit. C., *de prætorio pignore* 8, 22 et *passim*. — Fr. 26 D., *de pignoraticia actione* 13, 7.

sionem [2]. Quand pareil envoi était valablement accordé dans le but que l'on qualifiait par excellence *rei servandæ causa* [3], il donnait à celui qui l'avait obtenu un droit de gage [4]. Il est douteux, pour l'ancien droit, s'il en résultait une *in rem actio*. Justinien s'est décidé pour l'affirmative [5]. Au reste, le gage ne commence qu'à partir de la prise de possession [6]. — Dans le droit nouveau, le pouvoir d'envoyer en possession est attribué à tous les juges [7].

B) Le *pignus in causa iudicati captum*, espèce de saisie-exécution. La loi des Douze Tables avait, pour certains cas, introduit une *legis actio*, appelée *pignoris capio*, dont le but était d'obtenir le payement d'une dette par la saisie des effets du débiteur (§ 43, nº 5). Cette *legis actio*, qui se faisait extrajudiciairement, finit par tomber en désuétude; mais nous trouvons la saisie employée comme un moyen de contrainte par les magistrats de la république et des premiers temps de l'empire [8]. Enfin Antonin le Pieux permit d'une manière générale d'exécuter les jugements au moyen de la saisie des biens meubles et immeubles du débiteur condamné, ainsi que de tous autres droits, faisant partie de son patrimoine [9].

[2] Fr. 35, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5.

[3] *Voy.*, à ce sujet, ci-dessus, § 70, notes 44-49, et surtout la note 49, où se trouvent indiqués les cas d'envoi en possession qui confèrent un droit de gage. Tous ces cas appartiennent au droit prétorien, à l'exception du nº 2 (saisie de gages afin d'exécution d'un jugement, dont il sera parlé ci-après, notes 9 et suivantes).

[4] Fr. 18, § 6, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. – Fr. 26, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 3, § 1, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. – Fr. 11, § 1, D., *ut in possess. legatorum servandorum causa esse liceat* 36, 4. – Fr. 12, D., *pro emtore* 41, 4. – Fr. 2, pr. D., *pro herede* 41, 5. – L. 3. 5, C., *ut in possessionem legatorum servand. causa mittatur* 6, 54. – L. 2. 3, C., *qui potiores* 8, 18. – Tit. C., *de prætorio pignore* 8, 22.

[5] L. 2, C., *de prætorio pignore* 8, 22. — Dans la L. 1, C., *eodem*, Justinien déclare que le *pignus prætorium* peut aussi s'appliquer aux *actiones quæ debitori competunt*. La *missio in omnia bona* avait évidemment de tout temps produit cet effet.

[6] Fr. 26, § 1, D., *de pignorat. act.* 13. 7. « Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. – Fr. 3, § 1, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27. 9. – L. 3. 5, C., *ut in poss. legat.* 6, 54. – L. 2. 3, C., *qui potiores* 8, 18. — Il est cependant à remarquer que dans le gage prétorien la priorité ne donne pas *toujours* un droit de préférence. Fr. 5, § 3, D., *ut in poss. legat.* 36, 4. « Qui prior missus est legatarius in possessionem, non præfertur ei qui postea mittitur; inter legatarios enim nullum ordinem observamus, sed simul omnes æqualiter tuemur ». – Fr. 11, § 1, D., *eodem*. — Fr. 12, pr. D., *de rebus auctor. iud.* 42. 5. Cf. ci-après, § 162, note 12 et t. II, § 300.

[7] L. 1. 2, C., *de præt. pign.* 8, 22. « Quicumque iudices... Quod a iudicibus datur et prætorium nuncupatur ». Ces deux constitutions sont de Justinien.

[8] Cicéron, *Philipp.*, 1, 5; *de oratore*, III, 1. – Tite-Live, III, 38. – Tacite, *Ann.* XIII, 28. – § 3, I., *de satisdat. tut.* 1, 24. – Fr. 1, § 3, D., *de inspiciendo ventre* 25, 4. – Fr. 9, § 6, D., *ad legem Iuliam peculatus* 48, 13.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 69, notes 8-10, et Fr. 3, § 1 in f. D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. – Fr. 15, D., *de re iudicata* 42, 1. « A Divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi, qui eos dederunt... 2. In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem res *mobiles* animales pignori capi iubent, mox distrahi: quarum pretium si suffecerit, bene est... Quod si nulla moventia

Le gage qui résulte de pareille saisie, *pignus in causa iudicati captum*, commence à partir du moment où la saisie a été effectuée [10]. Nos sources contiennent des dispositions particulières sur la marche à suivre tant dans la saisie que dans la vente des objets saisis [11].

§ 158. *Par disposition légale. Hypothèques tacites ou légales* †.

Dans certains cas, la loi accorde une hypothèque au créancier sans qu'il ait besoin de se la faire consentir. Les Romains disent alors qu'elle s'établit tacitement, *tacite contrahitur*. Les modernes désignent ces cas par le nom d'hypothèques légales. Le droit prend naissance au moment où les conditions requises et les relations auxquelles la loi attache l'hypothèque se trouvent réunies [1].

L'hypothèque légale peut frapper soit une ou plusieurs choses déterminées, soit tout le patrimoine du débiteur. La première trace d'une hypothèque spéciale, s'établissant sans convention, se trouve chez Neratius Priscus qui nous apprend que les objets mobiliers introduits dans une maison louée (*invecta et illata*) et les fruits produits par un *prædium rusticum* sont censés frappés d'hypothèque, *quasi id tacite convenerit* [2].

sunt, a pignoribus *soli* initium faciunt...; nam a pignoribus soli initium faciendum non est. Quod si nec quæ soli sunt sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad *iura*... 8. ... ut *nomina* iure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit... ». — Fr. 31, D., *eodem*. — L. 1, C., *de prætorio pignore* 8, 22. « ... Non solum super mobilibus rebus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quæ debitori competunt... ». — Tit. C., *si in causa iudicati pignus captum sit* 8, 23.

[10] Fr. 10, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. — Fr. 58. 61, D., *de re iudicata* 42, 1. — Fr. 26, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — L. 1, C., *si in causa iudicati* 8, 23. — Cf. L. 2, C., *qui potiores* 8, 18.

[11] Les textes principaux sont : Fr. 15, D., *de re iudicata* 42, 1. — Tit. C., *si in causa iudicati pignus captum sit* 8, 23. — L. 7. 8, C., *quæ res pignori* 8, 17. — *Voy.* aussi Fr. 9, pr. D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 49, D., *familiæ ercisc.* 10, 2. — Fr. 50, D., *de evict.* 21, 2. — Fr. 31. 58, D., *de except. rei iud.* 42, 1. — L. 10, C., *de bonis auctoritate iudicis possidendis* 7. 72, et en général le Tit. C., *de exsecutione rei iudicatæ* 7, 53.

† Tit. D., *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* 20, 2. — Tit. C., *eodem* 8, 15. — Il y a dans cette matière plusieurs controverses qui ne manquent pas d'une certaine importance pratique, mais dont l'examen n'offre guère d'utilité pour la théorie du droit romain. On peut consulter, à cet égard : Voet, *Comment. ad Pandectas*, L. XX, tit. II. — Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 308-312. — Schilling, *Lehrbuch*, § 212-215 (§ 9. 10 de la traduction de Pellat.)

[1] Arg. Fr. 1, pr. D., *qui potiores* 20, 4. — L. 6, in f. C., *de bonis quæ liberis* 6, 61.

[2] Neratius, Fr. 4, D., *h. t.* Cf. Fr. 3, D., *eodem*. — Pomponius, Fr. 7, D., *eodem*. — Dans cette application l'hypothèque tacite ne présentait aucun inconvénient sérieux ; mais on n'en peut dire autant de l'extension que l'institution prit plus tard. C'est surtout aux hypothèques tacites générales et aux privilèges qui en furent une suite presque nécessaire, que sont dues les graves défectuosités qui déparent le régime hypothécaire romain et dont l'effet est d'autant plus dangereux que le législateur n'est point parvenu à y introduire la publicité, sans laquelle le droit d'hypothèque ne peut donner les garanties en vue desquelles il a été créé. *Voy.* ci-dessus, § 156, note 2, et ci-après, §§ 162. 165.

Quant aux hypothèques légales générales, elles apparaissent nombreuses depuis Sévère et Caracalla [3].

A) Hypothèques spéciales. 1° La loi accorde une hypothèque aux bailleurs de *prædia rustica* et *urbana* [4], savoir au bailleur d'un *prædium rusticum* sur les fruits de l'immeuble [5], au bailleur d'un *prædium urbanum* sur les choses que le locataire a apportées pour s'en servir d'après le but de la location, *invecta et illata* [6]. Ces hypothèques sont données pour sûreté des obligations qui résultent du louage [7]. Elles commencent, pour les fruits, au jour où le fermier les a perçus, et pour les meubles du *prædium urbanum*, au moment où ils ont été introduits dans la maison [8]. — 2° Les immeubles soumis à l'impôt foncier sont frappés d'hypothèque tacite pour les contributions arriérées [9]. — 3° Celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison a un droit d'hypothèque pour garantie du remboursement sur la maison, et même sur l'emplacement où la maison est bâtie, *pignus insulæ* [10]. — 4° Les pupilles ont une hypothèque tacite sur les choses achetées de leur argent par le tuteur ou par un tiers non autorisé [11]. — 5° Les légataires et les fidéicommissaires ont une hypothèque sur la part de la succession qui revient à la personne chargée d'acquitter le legs ou le fidéicommis [12].

B) Hypothèques générales. La loi accorde une hypothèque générale : 1° Au fisc, au prince et à son épouse, pour toutes les dettes contractées envers eux, excepté pour celles résultant d'un délit [13]. — 2° Aux

[3] *Voy.* ci-après, notes 13 et 14.

[4] Sur la signification des termes : *prædia urbana* et *prædia rustica, voy.* Fr. 4, § 1, D., *h. t.* — Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1. — Fr. 211, D., *de verb. signif.* 50, 16. Cf. Fr. 198, D., *eodem*, et Fr. 91, § 5, D., *de legatis III* (32).

[5] Fr. 7, pr. D., *h. t.* — Fr. 24, § 1. Fr. 53, D., *locati* 19, 2. — Cf. Fr. 61, § 8, D., *de furtis* 47, 2. — La L. 5, C., *de locato et conducto* 4, 65, mentionne les *invecta et illata*, mais il s'y agit d'une hypothèque conventionnelle. *Voy.* ci-dessus, § 156, note 4.

[6] Fr. 4, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 11, § 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 32, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 2. 3. 4. 6. 7, D., *h. t.* 20, 2. — Cf. Fr. 34, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 1, § 5, D., *de migrando* 43, 32. — Le Fr. 9, D., *h. t.*, contient une disposition tout à fait exceptionnelle *in favorem libertatis*.

[7] Fr. 2, D., *hoc titulo*.

[8] Arg. Fr. 11, § 2, D., *qui potiores in pignore* 20, 4 (ci-dessus, § 156, note 13). — L. 5, C., *h. t.* Mais cf. Fr. 14, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6.

[9] Fr. 7, pr. D., *de publicanis* 39, 4. « Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt... ». — Fr. 36, D., *de iure fisci* 49, 14. — Fr. 5, § 3, D., *de censibus* 50, 15. — L. 2, C., *sine censu* 4, 47.

[10] Fr. 1, D., *h. t.* — Fr. 21, D., *de pign. act.* 13, 7. — Cf. Fr. 24, § 1, D., *de rebus auct. iud. possidendis* 42, 5.

[11] Fr. 5. 6. 7, pr. D., *qui potiores in pignore* 20, 4. — Fr. 3, pr. D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9. — L. 6, C., *de servo pignori dato* 7, 8. *Voy.* aussi ci-dessus, § 118, notes 11. 33.

[12] Justinien, L. 1, C., *communia de legatis* 6, 43. — *Nov.* 108, c. 2. Cf. ci-après, t. III, §§ 416. 423.

[13] Antoninus, L. 1. 2, C., *h. t.* — Fr. 6, § 1. Fr. 46, § 3. Fr. 47, pr. D., *de iure fisci* 49, 14. — Fr. 5, § 2, D., *de censibus* 50, 15. — L. 1, C., *si propter publicas pensitationes* 4, 46. — L. 1. 2,

pupilles et aux mineurs sur tous les biens de leurs tuteurs ou curateurs pour la gestion de la tutelle ou de la curatelle. Cette hypothèque prend naissance au moment où l'administration de ces derniers a commencé ou aurait dû commencer [14]. Justinien a étendu ce bénéfice aux furieux qui se trouvent sous curatelle [15]. — 3° A la femme orthodoxe pour la restitution de la dot, sur tous les biens du mari, y compris les choses dotales mêmes, ou sur les biens du beau-père quand c'est lui qui est obligé de restituer la dot [16]. Elle a également une hypothèque générale pour sûreté des choses non dotales, *parapherna*, si elle en a confié l'administration au mari [17], ainsi que pour l'exécution de la *donatio propter nuptias* [18]. Ce droit, en ce qui concerne la restitution de la dot, commence au jour de la célébration du mariage, ou au moment où la dot est constituée, si elle ne l'a pas été avant le mariage [19]. Il compète non-seulement à la femme, mais aussi à ses héritiers [20]. — 4° Au mari, pour garantie de la dot qui doit lui être fournie, sur tous les biens de celui qui est obligé de la fournir [21]. — 5° Aux enfants sur les biens de leur père ou de leur mère, pour garantie des droits qui leur compètent, du chef du second mariage de leurs parents, par rapport aux gains nuptiaux, *lucra nuptialia* [22], ainsi que sur le patrimoine du père pour sûreté des biens qui leur sont venus de leur mère ou de leurs ascendants maternels, si le père en a l'administration [23]. — 6° A l'église sur les biens de l'emphytéote pour les détériorations du fonds emphytéotique [24]. — 7° Enfin si un époux a laissé un legs au conjoint survivant sous condition de ne pas se remarier, l'héri-

C., *h. t* — L. 2. 3, C., *de privilegiis fisci* 7, 73. — L. 2, C., *de servo pignori dato* 7, 8. — Fr. 10, pr. D., *de pactis* 2, 14. « Fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecam non habet... ». — Fr. 17, D., *de iure fisci* 49. 14. « In summa sciendum est, omnem fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi ». — Ajoutez Fr. 37, D., *eodem;* L. un. C., *pœnis fiscalibus creditores præferri* 10, 7, et ci-après, § 163, n° 2.

[14] Cette hypothèque légale remonte peut-être jusqu'à Septime Sévère (Arg. L. un. C., *rem alienam gerentibus* 4, 53), tout au moins jusqu'à Constantin, L. 20, C., *de administr. tutor.* 5, 37.— *Voy.*, au reste, ci-après, t. III. § 347 *in fine*.

[15] L. 7, § 5. 6., C., *de curatore furiosi* 5, 70.

[16] § 29, I., *de actionibus* 4, 6. — L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12. — L. un. § 1, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. *Voy.* ci-après, § 163, n° 3; et t. III, § 312 *in fine*.

[17] L. 11, C., *de pactis conventis* 5, 14.

[18] L. 29, C., *de iure dotium* 5, 12.—L. 12, § 2, C., *qui potiores in pignore habeantur* 8, 18.— *Nov.* 109, c. 1.

[19] Arg. Fr. 1, pr. D., *qui potiores in pignore habeantur* 20, 4.

[20] Même à toute personne qui peut demander la restitution de la dot en vertu d'une disposition légale, et particulièrement au père de la femme. L. un. § 13, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13. — Mais cf. ci-après, § 163, note 5.

[21] L. un. § 1, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13.

[22] L. 6, § 2. L. 8, § 4, C., *de secundis nuptiis* 5, 9. *Voy.* ci-après, t. III, § 321 *in fine*.

[23] L. 8, § 3, C., *de secundis nuptiis* 5, 9. *Voy.* ci-après, t. III, § 322 *in fine*. — L. 6, § 4, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. *Voy.* ci-après, t. III, § 331, c.

[24] *Nov.* 7, c. 3, § 2.

tier à une hypothèque légale sur les biens du survivant pour assurer la restitution des choses léguées, au cas que celui-ci se remarierait [25].

EFFETS DU DROIT DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE.

§ 159. *Observations générales.*

Quel que soit l'objet du droit de gage ou d'hypothèque, que ce droit frappe une chose corporelle, un *ius in re*, une créance, ou enfin tout un patrimoine, toujours et dans toutes les hypothèses, il a pour but invariable de donner au créancier une garantie réelle qui se traduit, en dernière analyse, par la vente des choses ou des droits engagés. Mais, si la variété des objets est sans influence sur le but final de l'hypothèque, il n'en est pas de même des pouvoirs que le créancier peut être amené à exercer, et qui varient en raison de la diversité naturelle des objets grevés. Cependant, comme l'idée de la garantie réelle a été appliquée en premier lieu aux choses corporelles, cette manifestation de l'hypothèque est restée le prototype de l'institution, d'après lequel se sont modelées les autres applications en tant que le droit qui en faisait l'objet s'y prêtait. Nous nous bornerons donc à exposer les règles qui dominent cette hypothèse, et nous ferons connaître, aux endroits convenables, les nuances que peuvent présenter les autres applications [1].

Le droit de gage ou d'hypothèque, établi sur une chose corporelle, constitue un *ius in re*, inhérent à la chose qui en est grevée et la suivant en quelque main qu'elle vienne à passer [2]. Il affecte cette chose tout entière avec tous ses accessoires [3], tant ceux qui peuvent s'y joindre et qu'on désigne de préférence par ce nom [4] que ceux qui sont le produit de la chose et qui s'appellent fruits [5]. A l'égard des fruits cependant, il importe de ne pas perdre de vue que jusqu'au moment où ils ont acquis

[25] *Nov.* 22, c. 44, § 2. 3. 8. 9.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 154, et ci-après, § 165, ainsi que § 166, notes 33-38.

[2] *Voy.* ci-après, § 160, note 21 ; § 166, note 13; § 168, nos 7 et 8.

[3] Y compris les servitudes qui s'éteignent et font retour à la propriété. Fr. 18, § 1, D., *de pignoratitia actione* 13, 7.

[4] Fr. 16, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 18, § 1. Fr. 21, D., *de pignor. act.* 13, 7. – Fr. 16, pr. Fr. 29, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1.

[5] *Voy.* ci-dessus, § 155, notes 11. 23 et Fr. 26, § 2. Fr. 29, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. – L. 1, C., *de partu pignoris* 8, 25. – L. 3. C., *in quibus causis pignus tacite contr.* 8, 15. « Quamvis fructus..., etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse... ». Il est vrai que PAUL, II, 5, 2, dit : « Fœtus vel partus eius rei, quæ pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit ». — Quoi qu'il en soit, il n'est pas à méconnaître que cette disposition du droit romain, qui frappe tacitement les fruits, ne porte à la sûreté des transactions journalières une atteinte analogue à celle qui résulte des hypothèques générales. *Voy.* ci-dessus, § 158, note 2. Il eût été plus prudent de restreindre l'hypothèque aux fruits existant au moment où le créancier fait valoir son droit. *Voy.* ci-après, § 166, notes 19. 20.

une existence individuelle, ils ne constituent que des choses futures et que, par conséquent, le droit d'hypothèque ne peut les frapper qu'en tant qu'ils sont la propriété du constituant au moment où ils se séparent de la chose qui les a produits [6].

Le droit d'hypothèque est également inhérent à la créance pour sûreté de laquelle il est créé et se transmet avec elle, en tant qu'une créance est susceptible de transmission [7]. Il couvre la créance entière avec ses accessoires, et même les dépenses que le créancier a pu faire pour la conservation du gage [8]. Les accessoires comprennent les intérêts qu'une créance produit sans qu'il soit nécessaire d'en convenir, *usuræ quæ officio iudicis continentur* [9]. Quant aux intérêts conventionnels, ils n'ont point, à proprement parler, le caractère d'accessoires : aussi ne sont-ils couverts par la garantie hypothécaire qu'autant que les parties ont eu l'intention de les y comprendre, ce qui se présume, à la vérité, quand, au moment de constituer l'hypothèque, elles savaient que l'obligation de les payer existait [10]. Il faut en dire autant de la peine conventionnelle promise en cas d'inexécution de l'obligation principale [11]. — Nous avons dit que la garantie hypothécaire couvre la créance entière : le droit d'hypothèque subsiste, en effet, dans son intégralité, alors même que la créance viendrait à s'éteindre en partie, *propter indivisam pignoris causam*, comme disent les Romains [12]. Cependant cette indivisibilité, bien que constituant un effet naturel du droit, n'en est pas un élément essentiel : rien ne s'oppose à ce que les parties y dérogent par convention particulière, comme nous l'avons vu ci-dessus [13].

La garantie hypothécaire se réalise par la vente de la chose engagée ou hypothéquée. Pour opérer la vente le créancier doit obtenir la possession

[6] Fr. 29, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. « ... si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius : ceterum, si apud alium dominum pepererint (mancipia), non erunt obligata (quæ ex his nata sunt) ». Cf. Fr. 1, § 2, D., *eodem*. — La disposition du Fr. 1, pr. D., *de Salviano interdicto* 43, 13, est fondée sur la nature particulière de l'interdit Salvien. *Voy.* ci-après, § 167, note 9. Quant au Fr. 18, § 2, D., *de pignor. actione* 13, 7, il appartient à un autre ordre d'idées : il énonce tout simplement le principe que les charges (et par conséquent les hypothèques) suivent la chose vendue, comme le font les *commoda*, tels que le *partus ancillæ*.

[7] *Voy.*, pour la transmission héréditaire, ci-après, t. III, §§ 358. 401, et pour la transmission par actes entre-vifs, t. II, §§ 187. 188, note 7 et Observation; 189, b, n° 1.

[8] Fr. 29 in f. D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 8, § 5, D., *de pignor. act.* 13, 7. — L. 6, C., *de pignoribus* 8, 14.

[9] *Voy.* ci-après, t. II, § 182, notes 3-12, et Fr. 8, § 5, D., *de pignor. act.* 13, 7.

[10] Fr. 8, § 5. Fr. 11, § 3, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 13, § 6, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 18, D., *qui potiores* 20, 4. — L. 4. 22, C., *de usuris* 4, 32.

[11] Fr. 13, § 6, D., *de pignoribus* 20, 1, à combiner avec L. 22, C., *de usuris* 22, 1.

[12] Fr. 8, § 2. Fr. 9, § 3. Fr. 11, § 4, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 19, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2. — L. 6. 16, C., *de distract. pign.* 8, 28. — L. 2, C., *debitorem venditionem pignoris impedire non posse* 8, 29. — L. 1. C., *de luitione pignor.* 8, 31. — L. 1. 2, C., *si unus ex pluribus heredibus* 8, 32. — *Voy.* ci-après, § 168, n° 2.

[13] *Voy.* ci-dessus, § 154, notes 7, 8.

de la chose (à moins qu'il ne l'ait déjà obtenue antérieurement par voie légale), et il peut à cet effet se servir d'une *in rem actio,* appelée *Serviana* ou *hypothecaria* [14]. La vente régulièrement faite et exécutée a naturellement pour effet de priver le maître de son droit de propriété; mais jusqu'au moment où elle a été effectuée, ce droit subsiste, bien que restreint sous certains rapports.

Tels sont les effets généraux du droit de gage ou d'hypothèque. Mais la réalisation de ces effets peut donner lieu à des complications diverses, surtout quand la même chose est grevée de plusieurs hypothèques à la fois. Pour simplifier notre exposé, nous examinerons successivement : 1° quels sont les droits que le propriétaire conserve sur la chose hypothéquée (§ 160); 2° quels sont, en général, les droits que la constitution d'hypothèque confère au créancier (§ 161); 3° d'après quelles règles plusieurs créanciers hypothécaires exercent leurs droits respectifs (§§ 162-165).

§ 160. *Droits du propriétaire de la chose.*

Le maître de la chose hypothéquée ou engagée en demeure le propriétaire tant que le créancier n'a pas procédé à la vente. En conséquence, il conserve le droit de posséder la chose, d'en user et d'en tirer les fruits [1], de la revendiquer contre tous [2], d'en disposer comme bon lui semble [3], particulièrement de l'aliéner et de la grever d'autres hypothèques [4] et de servitudes [5], en tant naturellement que les dispositions qu'il prend ne lèsent point les droits acquis au créancier hypothécaire [6]. Toutefois, ces manifestations du droit de propriété peuvent être limitées ou même entièrement suspendues. Notamment, 1° le constituant peut s'engager à ne

[14] *Voy.* ci-après, § 166.

[1] Fr. 2, § 9, D., *de religiosis* 11, 7. – Fr. 22, § 2. Fr. 35, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 12, pr. D., *de distractione pignorum* 20, 5. – L. 9, C., *de pignoratitia actione* 4, 24. – Fr. 21, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. « Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet ». Cf. Fr. 22, § 1, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4. — *Voy.* aussi ci-après, notes 13 sqq.

[2] Soit par la revendication proprement dite, soit par la Publicienne (Fr. 36, D., *de adquir. poss.* 41, 2), même contre le créancier hypothécaire, à moins que celui-ci n'ait le droit de tenir la chose au moment de l'action intentée. Fr. 40, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 205, D., *de regulis iuris* 50, 17. – L. 10, C., *de pignorat. act.* 4, 24. – L. 9, C., *de pignoribus,* 8, 14. *Voy.* ci-dessus, § 120, note 8.

[3] *A*) *Voy.* ci-dessus, note 1. — *B*) Pour les dispositions a cause de mort, *voy.* ci-après, t. III, § 427.

[4] *Voy.,* pour ces deux espèces de dispositions, l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe.

[5] Fr. 205, D., *de reg. iuris* 50, 17. – Arg. L. 15, C., *de pignoribus* 8, 14.

[6] *Voy.* l'OBSERVATION ajoutée au présent paragraphe et Fr. 2, § 9. Fr. 3, D., *de religiosis* 11, 7. – Fr. 21, D., *quæ in fraudem creditorum* 42, 8. – L. 15, C., *de pignoribus* 8, 14.

point aliéner la chose [7]. Cet engagement est même de droit quand l'hypothèque frappe un objet mobilier individuellement déterminé : le propriétaire ne peut aliéner la chose mobilière, spécialement engagée ou hypothéquée, sous peine d'être traité comme voleur [8]. — 2° Le créancier peut être investi de la possession de la chose affectée à la garantie; dans ce cas, il y a gage ou *pignus* proprement dit [9]. Le gage, comme nous l'avons déjà vu, ne donne aucun droit supérieur à la simple hypothèque [10]; le créancier n'obtient par là qu'une plus grande sûreté de fait, qui se manifeste par la garde de la chose et par l'emploi des interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* [11]. Si celui qui constitue le gage se trouve n'avoir que la *bonæ fidei possessio* de la chose engagée, il continuera l'usucapion malgré la possession du créancier. On peut donc dire qu'au fond ce dernier, tout en possédant dans son intérêt, prête, comme le déposant et le commodataire, son ministère à la possession d'autrui, *ministerium præstat alienæ possessioni* [12]. — 3° Le constituant peut aussi

[7] *Voy.* ci-après, t. II, § 249, n° 6. Il est peu probable que ce soit à cet ordre d'idées que se rapporte le Fr. 7, § 2, D., *de distract. pign.* 20, 5, qui traite plutôt du pacte par lequel le créancier s'interdit la vente du gage. *Voy.* ci-après, § 161, note 16. Dans tous les cas, il faudrait lire à la dernière ligne du *Fr. cité :* « Nullam esse pactionem (*ou* conventionem), ut venditioni stetur », comme le faisaient déjà les glossateurs. DE SAVIGNY, *Geschichte des R. R. im Mittelalter,* t. III, p. 726, n° 63 de la 2me édition.

[8] 10, I., *de oblig. ex delicto* 4, 1. — Fr. 22, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 19, § 6. Fr. 66 (68), pr. D., *de furtis* 47, 2. — L. 6, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26. Cf. L. 4, C., *de servo pignori dato manumisso* 7, 8. — L'aliénation même est cependant valable et transfère la propriété à l'acquéreur. Fr. 36, D., *de noxalibus act.* 9, 4. — L. 12, C., *de distract. pign.* 8, 28. Cf. L. 6, C., *de servo pignori dato manumisso* 7, 8.

[9] *Voy.* ci-dessus, § 81, notes 19. 20; §§ 153. 154, et les passages cités ci-après, aux notes 11. 12.

[10] *Voy.* ci-dessus, § 154, notes 1. 2, et ci-après, § 162, note 6.

[11] *Voy.* ci-dessus, § 81, notes 19. 20, et Fr. 1, § 15, D., *de adquir. poss.* 41, 2. — Fr. 16, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 1, § 9, D., *unde vi* 43, 16. — Fr. 6, § 4, D., *de precario* 43, 26. Cf. Fr. 15 § 2, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Fr. 9, § 2. Fr. 22, § 2. Fr. 35, § 1. — Fr. 37. 40, § 2, D., *de pignorat. actione* 13, 7. — Fr. 37, pr. D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 36. 40, pr. D., *de adq. poss.* 41, 2. — Fr. 11, D., *de precario* 43, 26 — Fr. 14, § 3, D., *de diversis temporal. præscr.* 44, 3. — C'est à tort qu'on prend à la lettre la proposition incorrecte de JAVOLENUS. Fr. 16, D., *de usurp.* 41, 3. « Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet : *quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet*... » (Cf. Fr. 1, § 15, D., *eodem.* « ... ad *unam* tantum causam...). » Iavolenus aurait eu raison s'il avait dit que la loi attribue exclusivement au créancier gagiste l'*unique* effet juridique que la possession produit; mais les *reliquæ omnes causæ* n'ont rien de sérieux. A moins que des conventions particulières, expresses ou tacites, ne dérogent aux effets naturels du *pignus*, le créancier gagiste ne jouit ni ne pâtit d'aucune des conséquences juridiques auxquelles la possession peut donner naissance, comme cause concomitante ou accidentelle. *Voy.* ci-après, notes 12. 13-17 et § 161, notes 2-6. Cf. Fr. 22, § 1, D., *de noxalibus actionibus* 9, 4, et ci-dessus, § 118, notes 21-22.

[12] Fr. 13, § 1, D., *de Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 22, § 2. Fr. 29, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 37, D., *de adq. rerum dom.* 41, 1. — Fr. 1, § 15. Fr. 36. 37, D., *de adq. poss.* 41, 2. — Fr. 13, pr. D., *de usurpat.* 41, 3. « Pignori rem acceptam non usucapimus quia PRO ALIENO possidemus ». — Fr. 16, D., *eodem.* « ..... Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet, adeo ut adiici possit et possessio eius qui

consentir à ce que le créancier, en échange de l'usage de son capital (en d'autres termes, comme compensation des intérêts), ait la faculté d'user de la chose engagée et d'en tirer les fruits [13]. Pareille convention qu'on appelle antichrèse (de ἀντὶ et χράομαι, χρῆσθαι) et qui, au reste, peut également intervenir entre créancier et débiteur sans concession d'hypothèque [14], est parfaitement licite, pourvu qu'elle ne couvre point un pacte usuraire [15]. Parties peuvent aussi convenir que le créancier ne gardera les fruits pour lui que jusqu'à concurrence du taux légal de l'intérêt et que l'excédant, s'il y en a, sera rendu au constituant ou imputé sur le capital [16]. En ces termes, l'antichrèse a lieu même sans convention expresse, quand une chose qui porte des fruits est donnée en gage pour la sûreté d'un capital non productif d'intérêts, *gratuita pecunia* [17].

Les droits du constituant, tels que nous les avons exposés ci-dessus, subsistent tant que la vente de la chose engagée ou hypothéquée n'a pas été effectuée en vertu du droit d'hypothèque. La vente valablement faite a naturellement pour effet d'éteindre la propriété dans le chef du constituant, sauf le droit qu'il a de se faire rendre compte du prix de vente, comme nous le verrons au paragraphe suivant. Si, avant la vente, la chose vient à être libérée de l'hypothèque, le constituant reprend l'intégralité de son droit de propriété qu'il peut dès lors faire valoir sans restriction. En outre, il se peut que le créancier, s'il a eu la chose en son pouvoir, ait contracté, envers le constituant des obligations que celui-ci poursuivra, suivant les circonstances, par l'action personnelle résultant

pignori dedit ». — Fr. 33, § 4, D., *eodem.* « Qui pignori rem dat usucapit, quamdiu res apud creditorem est; si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio. Et quantum ad usucapionem attinet, *similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit;* quos palam est, desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo qui commodatum vel depositum accepit ». — Fr. 33, § 5, D., *eodem.* — L. 7, § 2, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. « ...(creditorem) utpote imaginem debitoris obtinentem eique (*scil.* debitori, i. e. POUR le débiteur) possidentem... ».

[13] Fr. 39, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 11, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. — Cf. Fr. 33, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — L. 14, C., *de usuris* 4, 32. — Comme le créancier-gagiste jouissant de l'antichrèse a la possession de la chose engagée, il faut bien admettre qu'il acquiert la propriété des fruits par la simple séparation. Cf. ci-dessus, § 108, note 13.

[14] L. 6, C., *quod cum eo* 4, 26. — L. 14, C., *de usuris* 4, 32. Il n'est pas à supposer que le Fr. 11, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1, traite d'une antichrèse sans hypothèque; car il est plus que probable que la *in factum actio,* mentionnée dans la dernière partie de ce passage, doit s'entendre de l'action Servienne.

[15] L. 26, § 1, C., *de usuris* 4, 32. Mais la circonstance que la valeur des fruits dépasse le taux légal de l'intérêt ne suffit pas pour imprimer au pacte d'antichrèse un caractère usuraire. L. 17, C., *eodem,* « ... propter incertum fructuum proventum... ». — L. 14, C., *eodem.* « ... Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio (domus) : non ideo tamen illicitum fœnus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur ».

[16] Fr. 1, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. — *Nov.* 120, c. 1. — Cette intention se présumera dans le doute, *Voy.* ci-après, § 161, note 6.

[17] Fr. 8, D., *de pignoribus* 20, 1.

du contrat de gage, *actio pignoratitia* ou par une *in factum actio* [18].

OBSERVATION. Nous avons dit, dans le paragraphe qui précède, que le propriétaire de la chose engagée ou hypothéquée conserve le droit de l'aliéner et de la grever d'autres hypothèques. Cette proposition est exacte [19], sauf deux exceptions, dont l'une a été indiquée ci-dessus, note 8, et dont l'autre se rapporte aux affranchissements d'esclaves [20]. Il va sans dire que l'aliénation transmet à l'acquéreur la chose telle qu'elle est, c'est-à-dire, grevée des hypothèques existantes, *cum sua causa* [21], et que la constitution d'une hypothèque ne porte aucune atteinte aux hypothèques antérieures [22]. Cela est de droit; mais, pour concilier en fait les intérêts opposés et pour prévenir les fraudes, la loi impose à ceux qui veulent aliéner ou établir des hypothèques nouvelles le devoir de déclarer celles qui existent déjà [23]. Le fait de manquer sciemment et méchamment à ce devoir constitue l'un des délits que les Romains comprennent, avec d'autres espèces de tromperie, sous le nom de *stellionatus,* et expose le coupable, s'il en résulte un préjudice pour l'acquéreur ou pour le nouveau créancier, à une poursuite criminelle [24].

§ 161. *Droits du créancier. — En général.*

Le droit essentiel que l'hypothèque confère au créancier est celui de faire vendre la chose grevée et de se faire payer sur le prix. Jusqu'à ce qu'il y ait lieu d'exercer ce droit [1], l'hypothèque n'autorise par elle-même aucune manifestation de pouvoirs sur la chose [2]. Notamment, il n'est point permis au créancier d'en user ni d'en disposer d'aucune manière, et s'il le fait indûment, son usurpation peut prendre le caractère d'un délit, *furtum usus* [3]. Et il en est ainsi même, dans l'hypothèse du *pignus*

[18] *Voy.* ci-après, § 161, notes 37. 38, et t. II, § 242, A.

[19] Fr. 203, D., *de regulis iuris* 50, 17. — *Nov.* 112, c. 1, et ci-après, note 21.

[20] Fr. 3, D., *de manumissionibus* 40, 1. — Fr. 4. 27, § 1, D., *qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* 40, 9. — L. 3. 4, C., *de servo pignori dato manumisso* 7, 8.

[21] Fr. 18, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — L. 15, C., *de pignoribus* 8, 14. — L. 10, C., *de remissione pignoris* 8, 26. — L. 12, C., *de distract. pignorum* 8, 28. — L. 4, C., *de evictionibus* 8, 45. — Nous avons signalé une exception ci-dessus, § 155, note 35. *Voy.* aussi ci-après, § 168, nº 4, *b* et nº 8.

[22] *Voy.* ci-après, §§ 162. 163. 164.

[23] Fr. 15, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. « Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum quod solent pati qui sæpius easdem res obligant, prædicere solent..... » — Fr. 16, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 6. « ... Perinde si rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam (pignori) dedit... ». — Fr. 36, § 1, D., *eodem.* — Fr. 3, § 1, D., *stellionatus* 47, 20. — L. 1. 2. 4, C., *de crimine stellionatus* 9, 34.

[24] Nous traiterons avec détail, ci-après, § 242, OBSERVATION, du *crimen stellionatus,* dont le nom dérive, d'après les anciens, de *stellio*, espèce de lézard, réputé venimeux.

[1] *Voy.* ci-après, § 166, notes 11. 12.

[2] C'est par ce motif que le droit d'hypothèque n'est pas susceptible de quasi-possession. *Voy.* ci-dessus, § 82, note 4 ; § 135, notes 1-3, et ci-après, § 168 *in fine.*

[3] § 6, I., *de obligat. ex delicto* 4, 1. — Fr. 54, pr. D., *de furtis* 47, 2.

proprement dit. Le créancier gagiste peut, à la vérité disposer, à certains égards, de la chose engagée; notamment quand cette chose est destinée à donner des fruits naturels ou civils, il lui fera produire ces fruits [4]. Mais c'est moins à titre de droit [5] que pour accomplir le devoir de la conserver et de l'administrer en bon père de famille qu'il prend ces dispositions [6] : aussi doit-il rendre compte de l'émolument qu'il en a pu retirer [7]. — Inutile d'ajouter que cet état de choses peut subir des modifications par des conventions particulières. Nous renvoyons à cet égard aux détails qui ont été donnés dans le paragraphe précédent.

Nous avons dit que l'hypothèque, jusqu'au moment où il échoit de la réaliser par la vente du gage, ne donne lieu à aucune manifestation de pouvoirs sur la chose hypothéquée. Cependant, comme la concession du droit a pour but d'autoriser éventuellement le créancier à disposer de la chose en maître, il a paru conséquent de lui accorder, en attendant qu'il ait le droit d'agir ainsi, la possibilité de veiller à la conservation de son *ius in re*, en employant des moyens analogues à ceux que la loi a créés pour la protection du propriétaire. Ainsi, il peut intenter *utiliter* les actions négatoire, confessoire, *finium regundorum* et *communi dividundo* [8]; il est autorisé à faire dénonciation de nouvel œuvre, à demander la *cautio damni infecti* et à user de l'interdit *quod vi aut clam* [9]; il a également qualité d'agir du chef de vol et de *damnum iniuria datum* [10], le tout, naturellement, dans la mesure de son intérêt. Enfin, quand il y a lieu de procéder à la vente, et qu'il ne se trouve pas avoir la chose en son pouvoir [11], il peut en obtenir la possession au moyen d'une reven-

[4] A cet effet, il peut donner à bail la chose engagée, même au propriétaire. Fr. 23, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 35, § 1. Fr. 37, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 37, D , *de adq. poss.* 41, 2. Cf. ci-après, t. II, § 216, note 3.

[5] A moins qu'il n'ait obtenu la concession de l'antichrèse. Ci-dessus, § 160, n° 3.

[6] *Voy.* ci-après, t. II, § 242.

[7] Et par suite imputer sur le capital ou restituer au propriétaire le reliquat qui peut rester, après déduction des charges qu'il a dû acquitter (L. 6, C., *de pignoribus* 8, 14), des frais qu'il a dû faire pour la production des fruits, ainsi que des intérêts de la créance. Paul, II, 13, 2. – Fr. 22, § 2, D., *de pign. act.* 13, 7. – Fr. 5, § 21, D., *ut in possessionem legat.* 36, 4. – L. 1. 2. 3. 12, C.. *de pignorat. act.* 4, 24. – L. 9, C., *de pignoribus* 8, 14. – L. 2, C., *de partu pignoris* 8, 25. – L. 1, C., *de distractione pignorum* 8, 28. Cf. ci-dessus, § 160, note 17.

[8] *A*) Fr. 16, D., *de servitutibus* 8, 1. – Fr. 9, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. – Fr. 1, § 5, D., *de remissionibus* 43, 25. – Cf. ci-dessus, § 156, note 7. — *B*) Fr. 4, § 9, D., *finium regundorum* 10, 2. – Fr. 7, § 6, D., *communi dividundo* 10, 3. – Cf. ci-après, t. II, § 278.

[9] Fr. 9, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. - Fr. 11. 19, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 11, § 14, D., *quod vi aut clam* 43, 24. – Fr. 1, § 4. 5, D., *de remissionibus* 43. 25. – Cf. ci-après, t. II, § 283.

[10] Fr. 12, § 2, D., *de condict. furtiva* 13, 1; Fr. 15, pr. Fr. 87, D., *de furtis* 47, 2, et ci-après, t. II, § 269. – Fr. 17, pr. Fr. 30, § 1, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2, et ci-après, t. II, § 271.

[11] S'il trouve à vendre sans qu'il ait la chose en son pouvoir, rien ne s'oppose à ce qu'il use de son droit, en employant les moyens convenables pour arriver à l'exécution de la vente. Fr. 13, D., *de distract. pign.* 20, 5. – L. 14, C., *eodem* 8, 28. Cf. Fr. 12, D., *de diversis tempor. præscr.* 44, 3, et ci-après, note 29.

dication utile qui, d'après le nom de son créateur, est appelée *Serviana* et *quasi Serviana actio*, ou bien *hypothecaria actio*, et dont nous traiterons avec plus de détail au § 166. — En dehors du droit de faire vendre afin d'obtenir payement de la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque a été constituée, un rescrit de Gordien autorise le créancier à retenir, après l'extinction de cette créance, la chose engagée ou hypothéquée qui se trouve en sa possession, s'il est, en outre, créancier d'une autre somme à laquelle le gage n'a point été affecté [12]. Il va sans dire que ce droit de rétention ne peut s'exercer au préjudice d'autres hypothèques dont la chose serait grevée [13].

Le droit de faire vendre la chose engagée ou hypothéquée est, dans le droit nouveau [14], de l'essence du gage et de l'hypothèque [15]. Le créancier ne peut en être privé [16], et si les parties ont fait une convention qui lui en interdit l'exercice, elle ne sortira point ses effets [17]. Mais la vente de la chose constitue également, pour le débiteur, une garantie qui ne peut lui être enlevée. Déjà, dans la *fiducia* et dans l'ancien *pignus*, le créancier ne pouvait garder pour lui la chose mancipée ou engagée; il était obligé de la vendre et de rendre compte de l'excédant du prix de vente [18]. Cependant les parties pouvaient convenir que le débiteur serait déchu du droit d'exiger la restitution, s'il ne payait pas dans un temps déterminé [19]. Pareille convention pénale était appelée *lex commissoria*, parce qu'elle menaçait le débiteur de la déchéance de son droit, *commis-*

[12] L. 1, C., *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* 8, 27. — Le terme *chirographaria pecunia* désigne toute créance non garantie par hypothèque, alors même qu'elle ne serait pas constatée par un titre écrit. Cf. ci-après, t. II, § 300.

[13] L. 1, in f. C., *citée*.

[14] Fr. 4, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 12, § 10, D., *qui potiores* 20, 4. — Fr. 13, D., *de distract. pign.* 20, 5. Cf. ci-dessus, § 153, notes 12. 13.

[15] Fr. 8, § 3, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 8, D., *de distract. pignorum* 20, 5. — L. 6. 14, C., *eodem* 8, 28. — Le *pignus prætorium*, cependant, ne donne pas toujours le droit de vente. Fr. 21, § 2 in f., D., *ex quib. causis maiores* 4, 6. — Fr. 7, § 1. 2. 9. 10. 11. 12, D., *quibus ex causis in poss. eatur* 42, 4. — Fr. 3, D., *de rebus auct. iud. possid.* 42, 5. — L. 6, C., *eodem* 7, 72.

[16] Mais le droit de vente peut, par la volonté des parties, être soumis à des modifications. Fr. 5. 8, § 3. 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 4, D., *de distract. pign.* 20, 5. — Fr. 5, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — L. 4, C., *de pignorat. act.* 4, 24. — L. 3, § 1, C., *de iure dominii impetrando* 8, 34. *Voy.* aussi ci-après, note 27.

[17] Paul, II, 13, 5. — Fr. 4, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Tit. C., *debitorem venditionem pignoris impedire non posse* 8, 29. *Voy.* aussi le Fr. 7, § 2, D., *de distract. pign.* 20, 5, où *très-probablement* il faut lire au commencement : « Si pactum sit a *debitore* ne liceat *creditori* hypothecam vendere vel pignus », au lieu de : « si pactum sit a *creditore* ne liceat *debitori* rel. », et dans tous les cas bien *certainement* vers la fin : « nullam esse *pactionem* (ou *conventionem*), ut *venditioni* stetur », au lieu de : « nullam esse *venditionem* ut *pactioni* stetur ». *Voy.* ci-dessus, § 160, note 7, et ci-après, t. II, § 249, nº 6. — La convention : *ne pignus distrahatur*, n'est pourtant pas absolument sans effet. Voir ci-après, note 27.

[18] Paul, II, 13. 4. 5. — *Voy.* ci-dessus, § 153, et ci-après, t. II, § 242, a.

[19] Cicéron, *pro Flacco*, 21; *ad familiares* XIII, 56. — Paul, II, 13. — Fr. 81, pr. D., *de contrahenda emtione* 18, 1.

sum [20]. Une ordonnance de Constantin défendit sévèrement tout pacte qui permettrait au créancier de garder pour lui la chose engagée ou hypothéquée en cas de non-payement, pacte qu'on désigne encore dans le droit nouveau par le nom de *lex commissoria* [21]. La défense de Constantin est absolue : rien ne s'oppose cependant à ce que le débiteur permette au créancier d'acquérir en cas de non-payement la chose engagée, en payant la valeur à estimer au moment de l'échéance de la dette [22].

La vente de la chose engagée ou hypothéquée ne peut avoir lieu avant l'échéance de la dette assurée [23]. Avant de procéder à la vente, le créancier doit sommer le débiteur ou obtenir un jugement contre lui, et dénoncer au constituant qu'il a l'intention de faire vendre [24]. Après cette notification, il doit encore, sauf convention contraire, attendre deux ans [25]. Passé ce délai, il peut vendre comme il veut, de la main à la main ou par l'autorité publique [26]. Si cependant les parties étaient convenues *ne pignus distrahatur*, il est tenu de faire trois significations et d'attendre ensuite deux ans avant de procéder à la vente [27]. — Pour le cas qu'il ne se trouvât point d'acheteur convenable, l'ancien droit contenait diverses dispositions que Justinien a fondues ensemble, en statuant que le créan-

[20] C'est ainsi qu'on dit : *pœnam committere, multam committere, stipulationem committere* « encourir une peine, une amende, une peine conventionnelle, etc. ». Fr. 6, pr. D., *de condicion. et demonstr.* 36, 1. – Fr. 14, § 1, D., *de novat.* 46, 2. – Rubr. Tit. C., *de contrah. et committ. stipulat.* 8, 38. *Voy.* ci-dessus, § 116, XI, et ci-après, t. II, § 249, nº 3 et § 258.

[21] L. 3, C., *de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda* 8, 35. Cf. ci-après, t. II, 242, A et § 249, nº 3.

[22] Fr. 16, § 9, D., *de pignoribus* 20, 1. « Potest ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem, iusto pretio *tunc* æstimandam : hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio, et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt ». Cf. L. 13, C., *de pignoribus* 8, 14.

[23] Fr. 4, D., *de distract. pignorum* 20, 5. – L. 5. 6. 7. 8. 14. 16, C., *eodem* 8, 28. – Cf. Fr. 8, § 3, D., *de pignor. act.* 13, 7, et ci-après, note 25. *Voy.* aussi ci-après, § 166, note 11. Il suffit, au reste, qu'une partie de la dette soit exigible, et il n'est pas nécessaire que la dette soit liquide. Fr. 1, pr. D., *de litigiosis* 44, 6. – L. 1, C., *eodem* 8, 37. Cf. L. 5, C., *de distractione pignorum* 8, 28.

[24] L. 4, C., *de distract. pign.* 8, 28. — Dans l'ancien droit, il fallait même trois dénonciations. PAUL, II, 5, 1. – L. 10, C., *de pignor.* 8, 14. Cf. ci-après, note 27.

[25] L. 8, C., *de distract. pignorum* 8, 28. – L. 3, § 1, C., *de iure dominii impetrando* 8, 34. Dans le gage judiciaire, la vente peut se faire deux mois après la saisie. Fr. 32, D., *de re indicata* 42, 1, ci-dessus, § 157, notes 9-11. — Après l'expiration de ces délais, le créancier est libre de choisir le moment qu'il veut. Fr. 6, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 15, § 5, D., *de re indicata* 42, 1.

[26] L. 4. 9, C., *de distract. pignorum* 8, 28. Le créancier ne peut se rendre acquéreur ni par lui-même, ni par personnes interposées. PAUL, II, 13, 4. – Fr. 40, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – L. 10, C., *de distract. pign.* 8, 28. *Voy.* cependant ci-dessus, note 22, et Fr. 34, D., *de pignorat. act.* 13, 7, ainsi que L. 2, C., *si in causa indicati* 8, 23. Le constituant ne peut pas davantage acheter la chose, *cum rei suæ nulla emtio sit*. Fr. 40, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7.— Les hypothèques du fisc et le *pignus indiciale* doivent être vendus par l'autorité publique. L. 16, C., *de rescind. vendit.* 4, 44. – Tit. C., *si in causa indicati* 8, 23.

[27] Fr. 4 in f. Fr. 5, D., *de pignoratitia actione* 13, 7. Cf. ci-dessus, note 24.

cier peut, après une nouvelle sommation, s'adresser au prince et demander que la propriété de la chose engagée ou hypothéquée lui soit attribuée moyennant une juste estimation à faire en justice. Le débiteur conserve pendant deux ans la faculté de reprendre la chose, en remboursant l'estimation payée par le créancier [28]. — Ensuite de la vente, le créancier est tenu de faire à l'acheteur tradition de la chose vendue [29], et cette tradition, faite en vertu de l'autorisation préalablement donnée par le constituant du droit d'hypothèque, a pour effet de transférer la propriété, ou au moins la possession propre à l'usucapion, au cas que le constituant ne fût pas propriétaire [30]. L'acheteur est à l'abri des prétentions qui pourront être élevées sur la chose par suite d'hypothèques dont elle a pu être grevée postérieurement à celle en vertu de laquelle la vente s'est faite [31]. Quant à d'autres réclamations concernant la chose vendue, garantie en est due à l'acquéreur, en tant que ces réclamations sont fondées sur des causes existant dans le chef du créancier ou provenant d'un défaut inhérent à son droit d'hypothèque [32]. Mais le créancier ne doit aucune garantie ni du chef d'éviction, ni en ce qui concerne les défauts rédhibitoires [33], par la raison qu'il n'a pas vendu la chose comme sienne, mais comme lui ayant été hypothéquée par le constituant [34]; bien qu'il

[28] Tit. et surtout L. 3. C., *de iure dominii impetrando* 8, 34. — Des dispositions particulières existent par rapport au *pignus in causa iudicati*. Fr. 15, § 3. D., *de re iudicata* 42, 1. — L. 3, C., *de exsecutione rei iudicatæ* 7. 53. — L. 2. 3. C., *si in causa iudicati* 8. 23.

[29] Fr. 13, D., *de distractione pignorum* 20, 5. « Creditor qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet : et, si pignus possidet, tradere utique possessionem ». Cf. ci-dessus, note 11.

[30] Gaius, II, 64. — § 1. I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. — Fr. 29, D., *familiæ ercisc.* 10, 2. — Fr. 4, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 13, D., *de distract. pign.* 20, 5. — Fr. 46, D., *de adq. rer. dom.* 41, 1. — L. 15. 18, C., *de distract. pign.* 8, 28. — L. 2, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit* 8, 20.

[31] *Voy.* ci-après, § 168, n° 7. — Le débiteur perd par la vente tout droit à la chose, comme s'il avait vendu lui-même. Fr. 29, D., *familiæ ercisc.* 10, 2. — Fr. 8, § 7. 8, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — L. 2, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit* 8, 20. Le créancier peut cependant, en vendant, réserver au débiteur le droit de racheter la chose dans un temps donné, droit que ce dernier fera alors valoir au moyen d'une action utile. Fr. 13, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 7, § 1. D., *de distract. pign.* 20, 5. Cf. Fr. 59, § 4, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 5, § 1. Fr. 6, D., *de distract. pign.* 20, 5, ci-après, t. II, § 206, note 19.

[32] Fr. 8, § 1. Fr. 22, § 4, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 59, § 4, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 11, § 6, D., *emti* 19, 1. — L. 1. 2, C., *creditorem evictionem non debere* 8, 46. — C'est pourquoi le créancier qui voudrait dans la suite revendiquer la chose comme ayant été sa propriété, est passible de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. *Voy.* ci-dessus, § 120, note 29.

[33] A moins qu'il ne s'y soit engagé spécialement, auquel cas il sera naturellement tenu envers l'acheteur, sauf à prendre son recours contre le constituant au moyen d'une *actio pigneratitia utilis* (ci-après, note 41), ou bien en retenant l'excédant du prix (ci-après, note 40). Fr. 22, § 4, D., *de pignor. act.* 13, 7. Cf. Fr. 12, § 1, D., *de distractione pign.* 20, 5.

[34] Fr. 11, § 6, D., *emti* 19, 1, combiné avec Fr. 59, § 4, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 10, D., *de distractione pignorum* 20, 5. — Fr. 38, D., *de evictionibus* 21, 2. — L. 1. 2, C., *creditorem evictionem pignoris non debere* 8, 46. Cf. Fr. 68, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. — Mais le créancier n'en est pas moins passible de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. *Voy.* la note 32 *in fine*.

soit tenu de céder les actions qui peuvent lui compéter pour ces raisons contre le constituant [35]. Ces effets découlent naturellement de la vente de la chose hypothéquée toutes les fois que les formalités prescrites par la loi ont été observées, alors même que le créancier vendeur aurait agi de mauvaise foi. Cette circonstance ne peut donner lieu qu'à une action personnelle contre le coupable [36]. — Quant aux relations entre le créancier et le débiteur, elles sont régies par les principes du mandat; car le créancier, tout en agissant dans son propre intérêt, ne procède à la vente qu'en vertu de l'autorisation qui lui a été donnée par la constitution du gage. Aussi est-il tenu des soins d'un bon père de famille dans la conservation et dans l'administration de la chose, ainsi que dans l'exécution loyale de la vente [37]. La vente régulièrement faite a pour effet d'éteindre le droit d'hypothèque dans la personne du créancier et de faire perdre la propriété au constituant [38]. Le créancier se fait payer sur le prix : si l'argent qui en provient ne suffit pas pour acquitter la dette, le droit de *pignus* n'en est pas moins éteint; mais l'obligation personnelle du débiteur continue de subsister [39]. S'il y a un excédant (*hyperocha, superfluum*), le créancier vendeur doit en rendre compte au constituant, à moins qu'il n'y ait encore d'autres créanciers hypothécaires; car, dans ce cas, c'est à eux que l'excédant revient [40]. Sous tous ces rapports, il y a analogie parfaite entre le gagiste proprement dit et le créancier hypothécaire à partir du moment où ce dernier a obtenu la remise de la chose, bien que, dans l'hypothèse du gage, l'action donnée au débiteur porte le nom du contrat intervenu entre parties, *actio pignoraticia*, tandis que la simple hypothèque donne lieu à une *in factum actio*, créée à l'instar de l'action pignoratice [41].

[35] Fr. 12, § 1. Fr. 13, D., *de distractione pignorum* 20, 5. – Fr. 38. 74, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2, et ci-après, t. II, § 242, B.

[36] L. 7, C., *de distract. pign.* 8, 28. – Tit. C., *si vendito pignore agatur* 8, 30. — En cas de fraude de la part de l'acheteur, la vente peut être résiliée. L. 1. 3. 4, C., *eodem.*—La vente faite avant l'échéance de la dette est nulle et ne produit point d'effet à l'égard du débiteur. L. 3. 8, C., *de distract. pign.* 8, 28.

[37] Fr. 22, § 4, D., *de pignor. act.* 13, 7. – Cf. Fr. 12, § 1, D., *de distract. pignorum* 20, 5, et ci-après, t. II, § 242.

[38] *Voy.* ci-dessus, note 31, et ci-après, § 168, nº 7.

[39] Fr. 9, D., *de distract. pign.* 20, 5. – Fr. 28. D., *de rebus creditis* 12, 1. – L. 8, C., *si certum petatur* 4, 2. – L. 10, C., *de obligat. et actionibus* 4, 10. – L. 3. 5. 9, C., *de distract. pign.* 8, 28.

[40] Paul, II, 13, 1. – Fr. 12, § 5. Fr. 20, D., *qui potiores in pign.* 20, 4. – Fr. 7. Fr. 24, § 2. Fr. 35, pr. Fr. 43, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 73. 101, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 5. 20, C., *de distract. pign.* 8, 28. – L. 5, C., *si vendito pignore agatur* 8, 30.

[41] *Voy.* ci-après, t. II, § 242 *in fine*. — Si le créancier est insolvable et que l'acheteur ait eu connaissance des irrégularités commises à l'occasion de la vente, le constituant peut même prendre son recours contre ce dernier, et obtenir la restitution de la chose en offrant de rendre le prix. L. 1. 2. 4, C., *si vendito pignore agatur* 8, 30.

§ 162. *Concours de plusieurs créanciers* †.

Jusqu'ici nous avons traité du gage et de l'hypothèque en général; il nous reste à parler du cas où la même chose est frappée de plusieurs hypothèques différentes [1]. En principe, cette hypothèse est on ne peut plus simple. Il est évident, en effet, que le droit absolu de la première hypothèque n'a pu être restreint ni modifié par aucune concession postérieure, faite sans le concours du créancier, et que, par conséquent, celui-ci doit être libre d'exercer dans toute leur étendue les pouvoirs que l'hypothèque renferme, sans que les droits que le constituant a pu accorder plus tard puissent y faire obstacle. Mais quelque incontestable que soit ce principe en droit, il donne lieu, dans son application, à des difficultés extrêmes, par la raison que la législation romaine ne connaît aucun moyen décisif d'assurer aux actes juridiques une date certaine vis-à-vis des tiers. Il est vrai que, vers le milieu du cinquième siècle de l'ère chrétienne, l'empereur Léon essaya de combler cette lacune [2]; mais sa tentative était essentiellement insuffisante [3], surtout en présence des hypothèques générales et des hypothèques tacites, qui avaient déjà faussé l'institution et dont l'influence se trouve être rendue plus pernicieuse encore à la suite de divers priviléges, arbitrairement créés par les empereurs sous prétexte d'équité et d'utilité. Aussi, malgré la rigueur avec laquelle la jurisprudence a développé, au point de vue des principes, l'idée du droit réel qui sert de base à l'institution, le système hypothécaire des Romains se présente dans la pratique comme essentiellement défectueux et hérissé de difficultés et de conflits sans solution rationnelle et équitable.

C'est pour ce motif que nous nous bornerons, dans cette matière, à exposer très-succinctement les dispositions légales que nous ne saurions passer sous silence sans laisser des lacunes essentielles. A cet effet, nous tracerons rapidement le principe qui domine le concours de plusieurs hypothèques; nous ferons ensuite connaître les dérogations auxquelles les règles qui découlent de ce principe sont soumises dans leur application; enfin nous décrirons la situation qui est faite au créancier préféré et nous indiquerons les moyens que la loi offre aux autres créanciers à

† Tit. D., *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt* 20, 4. — Tit. C., *qui potiores in pignore habeantur* 8, 18.

[1] Inutile de faire observer que nous n'entendons point parler du cas où les différentes hypothèques ont pour objet des parties différentes (divises ou indivises) de la même chose : dans ce cas, il n'y a ni concours, ni conflit, mais plusieurs hypothèques, ayant chacune pour objet une chose parfaitement distincte. Fr. 10 in f., D., *de pignoribus* 20, 1.

[2] Dans le droit primitif, cette lacune n'existait pas : ni la *mancipatio*, ni le *pignus* n'admettaient des engagements successifs.

[3] *Voy.* ci-après, note 13.

l'effet de prévenir ou de faire disparaître les inconvénients qui résultent de leur position inférieure.

Le principe qui domine la matière et qui découle de la nature même des droits réels, ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus, est qu'en cas de concours de plusieurs droits de cette nature, le plus ancien prime tous les autres d'une création plus récente [4]. Il s'ensuit :

1° Si la même chose est frappée de plusieurs hypothèques qui ont pris naissance à la même époque [5], aucune n'est préférable à l'autre : en conséquence, les créanciers auxquels ces hypothèques appartiennent [6] sont égaux et exercent leurs droits ensemble au *prorata* de leurs créances [7], à moins que des conventions particulières avenues entre eux ne s'y opposent [8]. Cependant, si l'un d'eux se trouve avoir la possession exclusive de la chose hypothéquée, il doit être préféré : telle est du moins la décision irrationnelle [9] d'un fragment du Digeste attribué à Ulpien [10].

[4] *Voy.* ci-dessus, § 7, note 3 ; § 8, note 7. Cf. § 122, note 28.

[5] Fr. 16, § 8, D., *de pignoribus* 20, 1. « eodem die ». – Cf. Fr. 8, D., *de feriis* 2, 12, et ci-dessus, § 38, note 1.

[6] Sans qu'il y ait lieu de distinguer entre hypothèque spéciale et hypothèque générale, entre simple hypothèque et gage, etc. Fr. 2. 7, § 1, D., *h. t.* – L. 6. C., *eod.* – Cf. Fr. 12, § 10, D., *eodem.*

[7] Fr. 20, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Si pluribus simul res pignori detur, æqualis omnium causa est ». – Fr. 16, § 8, D., *de pign.* 20, 1. « Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debitæ, an pro partibus dimidiis, quæritur : et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum.... ». – Fr. 7, D., *h. t.* « 1. Si tibi, *quæ habiturus sum*, obligaverim et Titio specialiter fundum, *si in dominium meum pervenerit*, mox dominium eius adquisiero : putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem in pignore... ». – Cf. Fr. 7, § 6, D., *communi dividundo* 10, 3. — *Quid* si l'un des créanciers, égaux en droit, use seul du droit de vente ? Il est d'abord évident que la vente est valable et que l'acheteur qui a acquis de bonne foi ne peut être inquiété par les autres créanciers. Cf. ci-dessus, § 161, note 36, et ci-après, § 166, note 28. Mais le créancier qui a procédé à la vente est-il comptable du prix reçu vis-à-vis des autres créanciers ? *A priori* non, à moins que cette obligation ne résulte de rapports de communauté ou d'autres rapports existant entre parties ou qu'il n'ait agi *dolo*. Fr. 129, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. « Nihil dolo creditor facit qui suum recipit ». Arg. Fr. 10. 16, § 8, D., *de pignoribus* 20, 1. – L. 1. C., *si unus ex pluribus heredibus* 8, 32. Cf. ci-après, t. II, § 186 *in fine*, et § 300, notes 32. 33.

[8] Fr. 10. 16, § 8, D., *de pignoribus* 20, 1.

[9] Nous disons irrationnelle. Rien, en effet, ne saurait motiver la préférence qui, dans ce cas, est accordée au possesseur par le Fr. 10, D., transcrit à la note suivante. Si, dans la revendication, le demandeur qui ne prouve pas son droit de propriété succombe, sans que le défendeur ait aucune preuve à fournir, cela résulte inévitablement des principes qui régissent la théorie de la preuve, et c'est à tort que l'on a voulu y voir un avantage de la possession. *Voy.* ci-dessus, § 120, note 2. Que, dans la Publicienne, le demandeur doive céder devant le possesseur contre lequel il ne justifie pas d'un droit supérieur, c'est une conséquence naturelle du caractère exclusif du droit de propriété, et dans ce cas, l'on peut dire avec raison que, en fait, *melior est causa possidentis*. *Voy.* ci-dessus, § 122, note 28 ; Fr. 14, D., *qui potiores* 20, 4, et ci-après, § 166, notes 34 sq. Mais, dans l'hypothèse qui nous occupe ici, il y a un demandeur qui a prouvé qu'il a autant de droit que le défendeur ; dès lors, le droit d'hypothèque n'étant point exclusif, la position des deux prétendants est égale, et il n'y a aucune raison qui puisse faire fléchir le droit légitime du demandeur devant le fait purement accidentel de la possession.

[10] Fr. 10, D., *de pignoribus* 20, 1. « Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita

2° Si les hypothèques ont pris naissance à des époques différentes, c'est la plus ancienne qui l'emporte : *prior tempore, potior iure* [11].

Ces règles sont soumises aux exceptions suivantes : *A*) Le créancier qui a obtenu l'envoi en possession *rei servandæ causa* n'est pas préféré à d'autres créanciers, qui obtiennent par la suite pareil envoi pour la même cause [12]. — *B*) D'après une constitution de l'empereur Léon, l'hypothèque constituée par un acte public ou par un un acte quasi public, c'est-à-dire, fait en présence de trois témoins irréprochables et muni de leurs signatures, obtient la préférence sur toute autre hypothèque consentie sans l'observation de ces formalités [13]. Entre plusieurs hypothèques publiques ou quasi publiques, la plus ancienne l'emporte naturellement. — *C*) Enfin, dans certains cas exceptionnels, la nature de la créance ou la qualité du créancier fait accorder à une hypothèque la préférence sur d'autres, même antérieures en date. Parmi ces priviléges, dont aucun, que nous sachions, ne remonte au delà des Sévère, le plus ancien et le seul que l'on puisse justifier par des considérations d'équité doit son origine à l'autorité des jurisconsultes ; les autres sont le produit de la législation impériale.

§ 163. *Des hypothèques privilégiées* †.

1° Le créancier dont l'argent a servi soit à acquérir la chose, soit à la conserver ou à l'améliorer, a un droit de préférence sur cette chose. Le motif, parfaitement équitable, qui a fait accorder ce privilége au créan-

ut utrique in solidum obligatæ essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quæstio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem. Dabitur enim possidenti hæc exceptio, *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset...* ». Faisons observer que ce fragment, attribué à Ulpien, est la reproduction presque littérale d'un passage de Julien, Fr. 1, § 1, D., *de Salviano interdicto* 43, 33, qui donne cette solution à propos de l'interdit Salvien, où elle est parfaitement motivée, comme nous verrons ci-après, § 167, note 18. Cette circonstance nous autorise à supposer que la décision d'Ulpien, transcrite au Fr. 10, D., *cité*, se rapportait originairement aussi à l'interdit Salvien et qu'elle ne doit la malencontreuse place où elle se trouve au Digeste, qu'à l'étourderie des compilateurs. Cf. M. MACHELARD, *Théorie des interdits*, p. 147.

[11] Fr. 3, pr. Fr. 8. 18, D., *h. t.* – L. 2. 4. 6. 7. 8. L. 12, § 1, C., *eodem* 8, 18. – *Nov.* 91, c. 1. — La même règle s'applique aux cas où le droit du créancier, sans être un véritable droit d'hypothèque, jouit pourtant d'une protection relative d'après les principes de l'action Publicienne et de l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Mais, dans cette application, la règle est naturellement soumise à quelques modifications que nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer ci-dessus, § 155, notes 13-19, et sur lesquelles nous aurons à revenir ci-après, § 166, notes 34. 35.

[12] Fr. 5, § 2. 15, D., *ut in possessionem legatorum* 36, 4. – Fr. 15, § 15, D., *de damno infecto* 39, 2. – Fr. 12, pr. D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. – L. 10, pr. C., *eodem* 7, 72. – Cf. L. 3, C., *ut in poss. legat.* 6, 54. – L. 2, C., *h. t.* 8, 18.

[13] L. 11, C., *h. t.* 8, 18. Cf. ci-dessus, § 68, note 17. Cette loi de l'empereur Léon a donné lieu à de grandes controverses dont nous croyons inutile de nous occuper, par la raison qu'elles ne présentent aucun intérêt théorique.

† Titt. D., *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur* 20, 4 ; C., *eodem* 8, 18, ainsi que

cier postérieur est indiqué par Ulpien dans les termes suivants : *Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* [1]. Mais pour que cette faveur puisse être réclamée, il faut nécessairement *a*) que le créancier se soit fait constituer une hypothèque au moment du prêt, à moins que sa créance n'entraîne de plein droit une hypothèque légale, *b*) que l'argent ait été employé dans l'intérêt de la chose, et que ce but ait été atteint, *in rem versum* [2].

2° Le fisc a une hypothèque privilégiée pour les impôts arriérés et pour les dettes des intendants militaires, appelés *primipili* [3]. L'hypothèque légale du fisc pour d'autres obligations est également privilégiée, mais elle ne prime que les créanciers qui ne sont pas antérieurs en date; les créanciers antérieurs l'emportent sur le fisc [4].

3° L'hypothèque de la femme et de ses descendants, pour la restitution de sa dot, est également privilégiée. Les héritiers de la femme qui ne sont pas descendants ont bien une hypothèque légale, mais point de privilége [5].

les diverses constitutions impériales qui seront mentionnées dans le cours du paragraphe. — Pour les nombreuses controverses en cette matière qui, au reste, sont sans aucune valeur théorique, on peut consulter : VOET, *Comment. ad Pandectas*, lib. XX, tit. IV. — MUHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, § 320. — M. SCHILLING, *Lehrbuch*, § 221 (§ 18 de la traduction de PELLAT).

[1] PAPINIEN, Fr. 3, § 1, D., *qui potiores* 20, 4. — ULPIEN, Fr. 5, D., *eodem*. « Interdum posterior potior est priori : utputa, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit : veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero ». — Fr. 6, pr. D., *eodem*. « Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat ». — Fr. 7, pr. Fr. 21, § 1, D., *eodem*. — C'est par le même motif qu'un privilége est accordé à celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'une chose, pourvu qu'il se soit fait consentir une hypothèque (L. 7, C., *qui potiores* 8, 18. — L. 17, C., *de pign.* 8, 14. — *Nov.* 97, c. 3. 4. — *Nov.* 136, c. 3); et qu'il faut préférer le vendeur, qui se réserve un droit d'hypothèque sur la chose vendue pour sûreté du prix de vente dont il fait crédit, aux créanciers qui peuvent avoir une hypothèque générale antérieure, et qui, sans cette préférence, seraient égaux. Arg. Fr. 2, D., *de rebus eorum qui sub tutela* 27, 9, et L. 7, C., *qui potiores* 8, 18. *Voy.* ci-après, t. II, § 249, n° 3.

[2] Fr. 5, D., *qui potiores* 20, 4. « ... Si in rem istam conservandam *impensum est*, quod sequens credidit ». — L. 7, C., *eodem* 8, 18. « Eum, cuius pecunia prædium *comparatum probatur*, quod ei pignori esse specialiter obligatum *statim convenit*, omnibus anteferri, iuris auctoritate declaratur ».

[3] ANTONINUS, L. 1, C., *si propter publicas pensitationes* 4, 46. — DIOCLET. ET MAXIM. L. 3, C., *de primipilo* 12, 63.

[4] C'est ainsi que s'expliquent les Fr. 28, D., *de iure fisci* 49, 14. « Si qui mihi obligaverit quæ habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est *in re postea adquisita, fiscum potiorem esse debere*, Papinianum respondisse : quod et constitutum est. Prævenit enim causam pignoris fiscus ». — Fr. 22, § 1, D., *eodem*. « Sed si ante alii res obligatæ sunt iure pignoris, non debet procurator (fisci) ius creditorum lædere *rel.* ». — Fr. 8, D., *qui potiores* 20, 4. « Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, præferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est : quia et privati præferuntur ». Cf. Fr. 21, pr. D., *eodem*, et L. 2, C., *de privilegiis fisci* 7, 73.

[5] § 29, I., *de actionibus* 4, 6. — L. 30, C., *de iure dotium* 5, 12. — L. 12, § 1, C., *qui potiores* 8, 18. — *Nov.* 61, c. 1. — *Nov.* 91, c. 1. — *Nov.* 97, c. 2. 3.

Les personnes qui se trouvent dans l'une des relations privilégiées que nous venons d'indiquer peuvent faire valoir leur hypothèque, nonobstant l'existence d'autres créanciers, même antérieurs en date; mais il peut se faire qu'entre les privilégiés mêmes il y ait conflit de droits. Les constitutions des empereurs qui règlent cette matière font naître des controverses inextricables. Toutes choses égales, il paraît qu'il faut placer : 1° au premier rang le fisc pour les impôts et les dettes des *primipili* [6]; 2° deux cas particuliers de *in rem versio* en faveur de l'*argentarius* qui a prêté de l'argent pour l'acquisition de la chose en ayant soin de se faire constituer une hypothèque par écrit, et en faveur de celui qui, en prêtant de l'argent pour l'acquisition d'un office, *militia*, s'est réservé expressément la préférence [7]; 3° la femme et ses descendants; 4° en général les divers cas de *in rem versio;* 5° enfin, en dernier lieu, le fisc pour ses créances ordinaires. Si, dans l'une de ces cinq classes, plusieurs créanciers concourent, il faut examiner s'il y a lieu d'accorder la préférence à l'un d'eux, à cause de la priorité ou de la publicité de son titre; dans le cas contraire, ils concourent tous au prorata de leurs créances [8].

§ 164. *Des droits du créancier préféré et de la succession dans ces droits accordée aux créanciers postérieurs* †.

Toute hypothèque confère au créancier à qui elle appartient le droit d'intenter les actions hypothécaires contre tout détenteur de la chose, et de faire vendre cette chose afin d'obtenir le payement de la créance garantie. Ce droit, étant un droit réel, compète au créancier hypothécaire envers et contre tous; mais quand il y a conflit entre plusieurs créanciers hypothécaires, il ne peut être exercé dans toute son étendue que par le créancier qui se trouve être le premier dans l'ordre. Bien que vis-à-vis des tiers tous, même les derniers, aient le droit de revendiquer le gage et de le vendre, les dispositions que des créanciers postérieurs ont pu se permettre sont comme non avenues à l'égard du créancier préféré [1]. Celui-ci a seul le droit d'intenter efficacement les actions hypothécaires même contre tous autres créanciers [2]; lui seul peut faire vendre, quand et comme il le juge convenable, la chose hypothéquée [3], et la vente, ré-

6 *Nov.* 97, c. 2. — *Nov.* 109, c. 1. — Cf. L. 2, C., *de privilegiis fisci* 7, 73.

7 *Nov.* 97, c. 4. — *Nov.* 136, c. 3.

8 L. 12, § 1 in f. C., *qui potiores* 8. 18. — Arg. *Nov.* 91, c. 1.

† Tit. D., *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt* 20, 4. — Titt. C., *qui potiores* 8, 18; *de his qui in priorum creditorum locum succedunt* 8, 19.

1 Fr. 1, D., *de distract. pignorum* 20, 5. — L. 8, C., *h. t.* 8, 18. — L. 1, C., *creditorem evictionem pignoris non debere* 8, 45. — *Voy.* aussi ci-après, § 166, notes 14. 28.

2 Fr. 12, pr. D., *hoc titulo.*

3 A cet égard, les autres créanciers ne peuvent exercer aucune pression sur lui : il est le maître

gulièrement faite par lui, a pour effet de mettre fin à toutes les hypothèques quelconques dont la chose peut se trouver grevée [4]. Quant au prix de vente, il sert en premier lieu à couvrir la créance préférée avec ses accessoires, pourvu que ces accessoires soient compris dans la garantie hypothécaire. Il en est ainsi, alors même que le prix serait absorbé en totalité par le seul créancier favorisé, sauf, naturellement, à charge par lui de rendre compte de l'emploi du prix et d'abandonner l'excédant, s'il y en a, aux créanciers postérieurs, qui se feront ensuite payer dans l'ordre légal [5]. C'est donc à cet espoir de profiter éventuellement de l'excédant qui peut rester après le payement intégral du premier créancier, que se réduisent régulièrement, en fait, les avantages assurés aux créanciers hypothécaires qui se trouvent primés par d'autres hypothèques.

Les créanciers postérieurs peuvent cependant améliorer leur position en se faisant subroger dans les droits d'un créancier antérieur quelconque, même du plus privilégié. Rien ne s'oppose à ce que la subrogation se fasse du consentement du créancier antérieur, qui cède à un autre sa créance et l'hypothèque y attachée [6]; mais, dans certains cas, pareille succession hypothécaire a même lieu sans l'intervention du créancier antérieur : 1° Le débiteur qui emprunte une somme, à l'effet de payer une dette hypothécaire, peut subroger le nouveau créancier dans les droits de l'ancien, sans que celui-ci intervienne dans l'acte et sans que les autres créanciers puissent s'y opposer [7]. — 2° La subrogation a lieu au profit de l'acquéreur d'une chose hypothéquée, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels la chose était affectée, ou de l'un d'eux. Ce n'est que par une fiction que l'on accorde, dans ce cas, un droit de *pignus* au propriétaire même de la chose; le but de cette fiction est de lui assurer la possession tranquille de son acquisition, en empêchant les autres créanciers de faire vendre la chose acquise de ses deniers [8]. — 3° Si un créancier remplace l'obligation pour laquelle

absolu de choisir le moment qui lui parait opportun pour procéder à la vente. Fr. 6, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 12, pr. D., *h. t.* 20, 4. – Fr. 1. 5, pr. D., *de distract. pign.* 20, 5. – L. 7, C., *de obl. et act.* 4, 10. – L. 8, C., *h. t.* 8, 18. – L. C., *si antiquior creditor* 8, 20. – L. 1, C., *creditorem evictionem pignoris non debere* 8, 45. — Il y a une exception en faveur du fisc. Fr. 1, § 21, *verb.* Et si quidem D., *de iure fisci* 49, 14.

[4] L. 6. 7, C., *de obl. et act.* 4, 10. – L. 6, C., *h. t.* 8, 18. – L. 1, C., *si antiquior creditor.* 8, 20. – Cf. Fr. 3, pr. D., *quibus modis pign. solv.* 20, 6, et ci-après, § 168, n° 7.

[5] Fr. 15, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 9, § 1. Fr. 12, § 5. Fr. 20, D., *h. t.* – Fr. 24, § 2. D., *de obl. et act.* 44, 7. – L. 10, C., *eodem* 4, 10. – L. 3, C., *h. t.* 8, 18. – L. 6, C., *h. t.* 8, 19. – Cf. L. 3, § 4, C., *de iure dominii impetrando* 8, 34.

[6] *Voy.* ci-après, t. II, § 189, note 8. A cet ordre d'idées appartient le *pignus pignori datum*, dont il sera parlé ci-après, § 165.

[7] Fr. 3, D., *quæ res pignori* 20, 3. – Fr. 12, § 8. 9, D., *h. t.* – L. 1, C., *eodem* 8, 18.

[8] Fr. 17, D., *h. t.* – Fr. 3, § 1. Fr. 6, D., *de distractione pignorum* 20, 5. – L. 3, C., *h. t.* 8, 19. – Cf. Fr. 2. 5, § 1, D., *de distr. pign.* 20, 5. – Fr. 39, § 1, D., *mandati* 17, 1; Fr. 32, pr. D., *de negotiis gestis* 3, 5. – Fr. 59, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 30, § 1, D., *de exc. rei iudicatæ* 44, 2.

une hypothèque est constituée par une créance nouvelle, cette dernière devrait, à la rigueur, venir après toutes les autres créances hypothécaires déjà existantes; mais les parties peuvent convenir que la nouvelle dette remplacera l'ancienne sous tous les rapports, même pour la priorité du droit d'hypothèque [9]. — 4° Enfin, un créancier hypothécaire quelconque peut forcer tout autre créancier hypothécaire à lui céder son droit et son rang, moyennant payement de sa créance et de tous les accessoires [10]. Cette subrogation a lieu exclusivement pour la somme payée par le créancier postérieur : elle n'agit point en faveur de ses autres créances [11]. On désigne ce droit, qui est accordé de la manière la plus étendue à tous les créanciers hypothécaires entre eux [12], par le nom de *ius offerendæ pecuniæ*, *ius offerendi* [13]. L'avantage qui en résulte pour le créancier subrogé est principalement de pouvoir se mettre en possession de la chose, et d'empêcher ainsi toute aliénation qui serait contraire à ses intérêts [14]. Le *ius offerendi* diffère des moyens précédents, en ce qu'il ne peut être exercé que par les créanciers qui ont une hypothèque sur la chose [15]. On a cependant permis à la caution de se faire subroger dans les droits du créancier hypothécaire qui la contraint à payer pour le débiteur [16].

§ 165. *Du pignus pignori datum.*

Il est un cas particulier dans lequel le créancier, fût-il même au premier rang, ne peut procéder à la vente de la chose engagée : c'est le cas du *pignus pignori datum*. A la rigueur, nous ne pouvons engager une chose sur laquelle nous n'avons nous-même qu'un droit de gage ou d'hypothèque, mais nous pouvons céder à un autre la faculté d'exercer en notre

[9] Dans ce cas, le créancier se succède pour ainsi dire à lui-même. Fr. 11, § 1, D., *de pignorat. actione* 13, 7. – Fr. 3, pr. Fr. 12, § 5. Fr. 21, pr. D., *h. t.* – Fr. 30, § 2, D., *de novationibus* 46, 2. – *Voy.* aussi ci-après, § 168, n° 3.

[10] PAUL, II, 13, 8. – Fr. 5, § 1. Fr. 20, D., *h. t.* – L. 22, C., *de pignoribus* 8, 14. « Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus; et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest ». – L. 1. 5, C., *h. t.* 8, 18. – L. un. in f. C., *etiam ob chirograph.* 8, 27. — Pour que le second créancier soit subrogé aux droits du premier, il n'est pas même besoin de cession formelle : la subrogation a lieu de plein droit à la suite du payement. Fr. 16, D., *h. t.* – L. 3, C., *h. t.* Cf. ci-après, t. II, § 188, note 7 et § 189, B, 1.

[11] Fr. 12. § 6. Fr. 16, D., *h. t.* – Fr. 5. pr. D., *de distractione pignorum* 20, 5.

[12] PAUL, II, 13, 8. – Fr. 11, § 4. Fr. 12, § 6. Fr. 16, D., *h. t.* – Fr. 3, § 1. Fr. 5, § 1. 2, D., *de distract. pign.* 20, 5. – L. 10, C. *h. t.* 8, 18. – L. 2, C., *h. t.* 8, 19. – L. 1, C., *si antiquior creditor* 8, 20. – Il est même accordé contre la caution qui a acquis la chose hypothéquée en payant pour le débiteur. Fr. 2. Fr. 5, § 1, D., *de distr. pign.* 20, 5.

[13] Fr. 2, pr. D., *de distractione pignorum* 20, 5.

[14] Fr. 5, pr. D., *de distract. pign.* 20, 5. – L. 22, C., *de pignoribus* 8, 14. – L. 1. 5, C., *h. t.* 8, 18. – L. 3, C., *si antiquior creditor.* 8, 20.

[15] L. 10, C., *hoc titulo* 8, 18.

[16] L. 2, C., *de fideiussoribus* 8, 41.

nom les pouvoirs contenus dans notre droit. Si cette cession se fait dans l'intention d'assurer au cessionnaire le payement d'une créance, on dit qu'il y a *pignus pignori datum* [1]. Un exemple fera comprendre les résultats quelque peu compliqués de cette opération. Pierre m'a donné sa maison en gage pour sûreté d'une créance que j'ai à sa charge. Je deviens à mon tour débiteur de Paul, à qui j'accorde un droit de gage sur la maison que Pierre m'a hypothéquée. Ce double engagement aura pour effet de me dessaisir du droit de faire vendre la maison de Pierre, tant que je reste débiteur de Paul. Le droit de vente compète uniquement à Paul, et il pourra le faire valoir au moyen d'une action hypothécaire utile, pourvu, bien entendu, que la dette de Pierre soit exigible [2]. Si Paul vend la chose, il pourra se faire payer sur le prix de vente, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que Pierre me doit; s'il y a un excédant, il doit le restituer à Pierre. Le droit de gage s'éteindra non-seulement quand j'aurai payé ce que je dois à Paul, mais encore dans le cas où Pierre s'acquitte envers moi [3]. Cependant si l'objet que Pierre me donne en acquit de sa dette est un corps certain et déterminé, il sera frappé d'hypothèque en faveur de Paul [4].

DES ACTIONS RELATIVES AU GAGE ET A L'HYPOTHÈQUE.

§ 166. *Des actions servant à protéger le droit d'hypothèque* †.

I. L'action destinée à faire valoir le droit réel d'hypothèque, c'est-à-dire l'hypothèque établie sur une chose corporelle, est l'action Servienne, créée primitivement en faveur du bailleur d'un fonds rural et étendue par la suite comme *utilis* ou *quasi Serviana* à tous les autres cas d'hypothèque [1]. Ainsi généralisée, l'action mérite et reçoit le nom d'*actio*

[1] *Voy.*, sur cette matière, Tit. C., *si pignus pignori datum sit* 8, 24. – Fr. 40, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 13, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. Cf. Fr. 14, § 3, D., *de diversis temporalibus præscriptionibus* 44, 3.

[2] Fr. 13, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. « ... Quatenus *utraque pecunia debeatur*, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. – L. 1, C., *si pignus pignori datum sit* 8, 24. « ... Scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui ius repræsentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius qui dedit... ».

[3] L. 2, C., *si pignus pignori datum sit* 8, 24.

[4] Fr. 13, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. « ... Si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem ».

† Rappelons que, en dehors des actions ayant directement et uniquement pour but de faire valoir le droit d'hypothèque, le créancier hypothécaire, pour veiller à la conservation de son droit, peut employer divers moyens que la loi a créés pour la protection du propriétaire en dehors de la revendication, que notamment il peut intenter *utiliter* les actions en partage, les actions confessoire et négatoire, ainsi que l'*actio legis Aquiliæ*, qu'il peut également user des divers moyens qui ont pour but de protéger les rapports de voisinage. Cf. ci-dessus, § 161, notes 8-10.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 153, notes 22 et suivantes.

hypothecaria [2]. Elle est aussi, dans nos sources, appelée *pignoratitia actio* [3]; mais nous éviterons de lui donner ce nom pour ne pas la confondre avec l'action personnelle qui résulte du contrat de gage en faveur et à la charge des deux parties, et qui peut exister, abstraction faite de tout droit réel [4].

L'action hypothécaire est donc l'action réelle par laquelle le créancier fait valoir le *ius in re* qu'il a sur la chose hypothéquée ou engagée et qui l'autorise à disposer de la chose en maître, en tant que cela est nécessaire pour sauvegarder sa créance. Le créancier qui a recours à ce moyen de droit entend donc exercer le pouvoir le plus énergique parmi les pouvoirs compris dans le droit de propriété, et l'action même apparaît comme une espèce de revendication de la chose hypothéquée, poursuivie en vertu d'une délégation du propriétaire [5].

A) L'action hypothécaire appartient à tout créancier hypothécaire [6] qui se trouve dans les conditions nécessaires pour l'exercice de son droit. — Le demandeur doit donc prouver en premier lieu l'existence de son hypothèque. Cette preuve comprend naturellement les trois éléments suivants: 1° l'existence de la dette pour sûreté de laquelle le *pignus* a été constitué [7]; 2° le droit de propriété de celui qui a constitué le *pignus* [8]; 3° l'établissement du *pignus* par l'un des trois modes indiqués ci-dessus [9]. — En second lieu, le demandeur doit prouver la lésion, nécessaire pour faire naître la poursuite, ce qui comprend deux éléments, savoir : 1° la possession ou au moins la détention de la chose dans le chef du défendeur [10]; 2° l'exigibilité de la créance garantie par l'hypothèque [11]. Dans

[2] § 7. 31, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 29, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 3, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Fr. 57, D., *de legatis I* (30). — Fr. 4, § 30, D., *de doli mali except.* 44, 4.

[3] Fr. 7, § 12, D., *communi dividundo* 10, 3. — Fr. 3, § 3, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Fr. 9, pr. D., *quibus modis pign. solv.* 20, 6. — Fr. 11, § 10. Fr. 30, § 1, D., *de exc. rei indicatæ* 44, 2.

[4] *Voy.* ci-après, t. II, § 242.

[5] Aussi est-elle appelée *vindicatio pignoris, pignoris persecutio*. Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1; L. 10, C., *de pignorat. act.* 4, 24. — Fr. 14, pr. Fr. 27. 29, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1; Fr. 44, § 5, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Le Fr. 16, D., *de servitutibus* 8, 1, dit : « ipsius fundi (et *servitutis*) utilis petitio ». — Cf. ci-après, notes 24 et 37.

[6] Mais *voy.* ci-après, notes 14 et 28.

[7] L. 10, C., *de pignorat. act.* 4, 24. — L. 1, C., *si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit* 8, 33. — Cf. Fr. 13, § 1, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. — Fr. 16, § 4, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 13, § 1, D., *de except. rei indicatæ* 44, 2.

[8] Fr. 3, pr. Fr. 15, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 23, D., *de probationibus* 22, 3. — Mais *voy.* les développements que nous avons donnés ci-dessus, § 155, notes 11-19, et ce que nous dirons ci-après, aux notes 32-35.

[9] Fr. 23, D., *de probationibus* 22, 3. — Cf. Fr. 15, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. — L. 10, *verb.* Ut autem C., *de pignorat. act.* 4, 24. — L. 17, C., *de pignoribus* 8, 14. — L. 1, C., *si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit* 8, 33.

[10] *Voy.* ci-après, notes 13. 15.

[11] Fr. 4, D., *de distract. pignorum* 20, 5. — Fr. 5, § 1, D., *quibus modis pign. solv.* 20, 6. — L. 10, C., *de pignoribus* 8, 14.

certains cas cependant l'action hypothécaire est admise comme mesure conservatoire, même avant le jour de l'échéance [12].

B) L'action peut être intentée contre quiconque empêche le créancier hypothécaire de faire valoir son droit dans l'étendue que la loi lui garantit; en d'autres termes, contre tout possesseur ou détenteur de la chose hypothéquée [13]. Il va sans dire cependant que dans le cas où le défendeur tient la chose en vertu d'un droit supérieur à celui du demandeur, la poursuite ne saurait aboutir [14]. — L'action hypothécaire peut également être intentée contre celui qui, par son dol, a cessé de posséder [15].

C) En ce qui concerne le but et l'effet à atteindre, l'action hypothécaire est en tout analogue à la revendication, avec ce tempérament que l'effet ne se produit en faveur du demandeur que dans les limites de son droit et de son intérêt. Le fondement de l'action étant établi et constaté [16], le juge devra donc condamner le défendeur, à moins que celui-ci n'évite la condamnation, comme cela est loisible dans toutes les actions arbitraires, en faisant cesser la lésion dont le demandeur poursuit la réparation [17]. A cet effet, le défendeur a le choix entre deux moyens : 1° restituer la chose [18] avec les fruits frappés de l'hypothèque en tant qu'ils existent chez le défendeur [19] et de plus, les fruits que celui-ci a perçus

[12] Fr. 13, § 5. Fr. 14, D., *de pignoribus* 20, 1. Il est probable que le passage d'Ulpien qui orme le Fr. 14, D., *cité*, se rapportait primitivement à l'interdit Salvien. *Voy.* ci-après, § 167, ote 18, n° 1.

[13] § 1. 7. 31, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 16, § 3. Fr. 17, D., *de pignoribus* 20, 1.

[14] *Voy.* ci-après, note 28.

[15] Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1.

[16] L'action Servienne, n'étant pas *in ius concepta*, ne comportait pas de *pronuntiatio* proprement dite, comme la revendication et les actions confessoire et négatoire (*voy.* la note suivante, et ci-dessus, § 155, notes 23. 25); mais la sentence contenait une constatation du droit du demandeur, formant chose jugée en sa faveur. Fr. 16, § 5, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 12, pr. D., *qui potiores* 20, 4.

[17] § 31, I., *de actionibus* 4, 6. – Fr. 16, § 3 Fr. 21, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. Cf. ci-dessus, § 156, note 11 et § 119, notes 1-9. — La formule de l'action hypothécaire était probablement conçue à peu près en ces termes : SI PARET, EAM REM Q. D. A. AB EO, CUIUS IN BONIS TUM FUIT, OB PECUNIAM DEBITAM A° A° PIGNORI OBLIGATAM ESSE PRO PECUNIA...... EAMQUE PECUNIAM SOLUTAM NON ESSE NEQUE EO NOMINE SATISFACTUM ESSE, NEQUE PER A^m A^m STARE QUOMINUS SOLVATUR SATISVE FIAT; NISI ARBITRATU TUO EAM REM N^s N^s A° A° RESTITUAT (AUT SOLVAT), QUANTI EA RES ERIT, N^m N^m A° A° CONDEMNA. SI N. P. A.

[18] La restitution implique tout simplement la remise matérielle de la chose. Fr. 66, pr. D., *de evictionibus* 21, 2. « ... Serviana... etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat... » — Si le défendeur, sans faute de sa part, se trouve dans l'impossibilité d'opérer la restitution dans le moment actuel, il est admis à fournir caution *se restituturum*. Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1, et ci-dessus, § 119, note 13.

[19] *Voy.* ci-dessus, § 159, notes 5. 6, et particulièrement Fr. 1, § 2. Fr. 29, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 16, § 4, D., *eodem*. « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, quo lis inchoata sit, ex eo ex tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit pretium quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, *nisi exstent et res non sufficit* ». Telle est la leçon du manuscrit de Florence; la Vulgate lit « *nisi exstent res* ».

depuis la *litis contestatio* [20]; ou bien 2° acquitter intégralement la dette hypothéquée avec les accessoires [21].—Si le défendeur désintéresse ainsi le créancier (ou bien si, par cas fortuit, il se trouve dans l'impossibilité de restituer la chose), il sera absous [22]. Dans le cas contraire, il sera condamné à payer une somme d'argent, représentant la valeur de l'intérêt du demandeur (*id quod interest, æstimatio litis*), d'après une évaluation à faire suivant les règles admises dans les actions arbitraires [23]. Quand la valeur de la chose hypothéquée est inférieure au montant de la créance, le défendeur, comme tel, n'est naturellement tenu que de l'estimation de la chose. Dans le cas contraire, l'intérêt du demandeur sera représenté, en général, par la valeur de la créance et des accessoires. Aussi la condamnation ne doit-elle jamais dépasser ce chiffre quand elle est prononcée à charge du débiteur même. Il en est autrement quand l'action est dirigée contre un tiers possesseur n'ayant pas pour auteur la personne qui a constitué l'hypothèque. Dans ce cas, en effet, le créancier, tout en agissant pour lui-même, fait en même temps valoir le droit du constituant et il devient de ce chef comptable envers lui : la condamnation comprendra dès lors la valeur entière de la chose, absolument comme s'il s'agissait d'une action en revendication exercée par le propriétaire [24].

D) L'action hypothécaire étant une *vindicatio pignoris*, le défendeur peut faire valoir, en tant que les circonstances le permettent, les mêmes exceptions qui peuvent être opposées à la revendication [25]. La *præscriptio temporalis* est cependant, dans cette matière, soumise à des règles spéciales que nous exposerons ci-après, au § 168, n° 6. Nous nous bornons ici à dire que le délai de la prescription extinctive de l'action hypothécaire, tout en étant de trente ans en faveur des tiers possesseurs de la

[20] Fr. 16, § 4, D., *de pignoribus*, transcrit à la note précédente. — Le possesseur de mauvaise foi est évidemment, comme dans la revendication, tenu de tous les fruits. *Voy.* ci-dessus, § 119, note 29.

[21] Fr. 16, § 3. 6, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 11, § 4, D., *qui potiores* 20, 4. — Fr. 2. 12, § 1, D., *quibus modis pignus solvitur* 20, 6. — L. 19, C., *de usuris* 4, 32. — L. 2, C., *si unus ex pluribus heredibus* 8, 32. — Cf. ci-après, note 24.

[22] Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1.

[23] C'est-à-dire, que le demandeur doit établir l'existence et le *quantum* du préjudice par les moyens ordinaires de preuve, à moins que le défendeur ne soit coupable de dol ou de *contumacia*, auquel cas le demandeur est admis au *ius iurandum in litem*. Cf. ci-dessus, § 119, notes 8. 22, et Fr. 16, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 12, § 1, D., *qui potiores* 20, 4.

[24] Fr. 21, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. « Si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit æstimanda : sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem. Nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest; adversus ceteros possessores etiam pluris. Et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet creditori pignoraticia actione ».

[25] Notamment l'*exceptio rei venditæ et traditæ* par analogie (ci-dessus, § 155, note 18); le *ius retentionis* à l'effet d'être indemnisé des impenses faites sur la chose. Fr. 29, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 44, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2.

chose hypothéquée [26], est porté à quarante ans quand l'action est dirigée contre le débiteur même ou contre ses héritiers [27]. — En dehors des moyens de défense, communs à toutes les actions revendicatoires, la nature particulière du droit d'hypothèque peut fournir au défendeur les exceptions suivantes : 1° L'exception fondée sur un droit d'hypothèque supérieur ou égal à celui du demandeur, ou bien sur ce que le défendeur a acquis la chose en suite d'une vente valablement faite par un créancier hypothécaire autorisé [28]. — 2° *Exceptio ordinis* ou *excussionis personalis* *. Dans l'ancien droit, le créancier pouvait librement et efficacement faire valoir son *ius in re* contre tout possesseur de la chose hypothéquée, sans avoir besoin de faire auparavant aucune autre tentative judiciaire d'obtenir le payement de ce qui lui était dû [29]. Mais, d'après une novelle de Justinien, le tiers possesseur, poursuivi par l'action hypothécaire, peut forcer le demandeur créancier à discuter d'abord personnellement le débiteur et ses cautions avant de recourir à la revendication du gage [30]. — 3° Un autre moyen de défense, qu'on a l'habitude d'appeler *exceptio excussionis realis* *, a lieu quand le débiteur a accordé au créancier une hypothèque générale, et, en outre, pour la même dette, une hypothèque spéciale. Si, dans ce cas, le créancier veut faire valoir son hypothèque générale, le défendeur peut exiger qu'il s'en tienne d'abord à la chose spécialement engagée, et qu'il ne discute les autres biens soumis à l'hypothèque générale que si le gage spécial se trouve insuffisant [31]. — 4° Le défendeur, possesseur de bonne foi, qui doit répondre à l'action hypothécaire, peut

26 L. un. Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis* 4, 14. — L. 4, I. C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39.

27 D'après la L. un. Th. C., *citée*, le débiteur et ses héritiers ne pouvaient jamais se prévaloir de la prescription; Justinien a modifié cette disposition en leur accordant la prescription de quarante ans. L. 3. 7, pr. C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. — Il va de soi que le délai de la prescription extinctive de l'action hypothécaire ne commence à courir que du moment où cette action est née. *Voy.* ci-dessus, notes 10. 11, et § 59, notes 2. 3. 15.

28 A) Fr. 12, pr. D., *qui potiores* 20, 4. « Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est SI NON MIHI ANTE PIGNORI HYPOTHECÆVE NOMINE RES SIT OBLIGATA : sive alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat SI NON CONVENIT UT SIBI RES SIT OBLIGATA, hic in modum supra relatum replicabit. .. » — Fr. 12, § 7. Fr. 14, D., *eodem*. — B) *Voy.* ci-après, § 168, n° 7.

29 L. 14, C., *de obl. et act.* 4, 10. — L. 14. 24, C., *de pignoribus* 8, 14. — Cf. Fr. 19, D., *qui potiores* 20, 4. — Fr. 47, pr. D., *de iure fisci* 49, 14. — L. 1, C., *de conveniendis fisci debitoribus* 10, 2.

30 *Novelle* 4, c. 2. — Cette loi décide aussi que dans les cas où des hypothèques ont été données et par le débiteur et par sa caution, le possesseur du gage accordé par la caution peut exiger que le créancier discute d'abord le gage constitué par le débiteur principal.

31 Cette faveur est accordée dans un cas particulier par un rescrit de Sévère et Caracalla, L. 2, C., *de pignoribus* 8, 14. — DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN, L. 9, C., *de distract. pign.* 8, 28, l'admettent d'une manière générale (question fort controversée au reste), en partant évidemment de l'idée que la constitution d'une hypothèque spéciale à côté d'une hypothèque de tous les biens serait un acte vide de sens, à moins de supposer que les parties n'aient entendu faire implicitement la convention qui se trouve en termes exprès au Fr. 2, D., *qui potiores* 20, 4.

contraindre le demandeur à lui céder, jusqu'à due concurrence, ses droits et actions contre le débiteur [32].

L'action hypothécaire est accordée comme Publicienne à celui qui, sans prouver que la personne qui a constitué l'hypothèque était propriétaire, justifie au moins d'une possession *ex iusta causa* dans le chef de cette personne [33]. Nous pouvons, à cet égard, renvoyer à ce que nous avons dit ci-dessus, en traitant de la constitution du gage et de l'hypothèque [34], tout en rappelant que, dans le cas où les deux parties tiennent, l'une et l'autre, leur droit d'un possesseur de bonne foi, il y a lieu d'appliquer la distinction admise pour la même hypothèse dans l'action Publicienne destinée à revendiquer une chose corporelle [35].

II. Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que du cas où le droit qu'il s'agit de faire valoir est établi sur une chose corporelle. Mais l'hypothèque peut aussi avoir pour objet une chose incorporelle, soit un *ius in re*, soit un droit d'obligation. Quant à la première de ces deux espèces, nos sources, tout en proclamant que le droit d'hypothèque établi sur une servitude, sur une emphytéose, sur une superficie ou sur un gage (*pignus pignori datum*) est protégé par la loi [36], ne donnent aucun renseignement précis sur la nature des actions accordées à cet effet. Étant ainsi réduit aux hypothèses, nous pourrions hésiter entre deux voies : attribuer au créancier comme *utiles* les actions attachées au droit donné en hypothèque, ou bien lui accorder une action utile conçue et rédigée d'après le modèle de l'action Servienne. En faveur du premier procédé, l'on pourrait se prévaloir de ce que l'action hypothécaire ordinaire n'est au fond qu'une *utilis vindicatio*, c'est-à-dire une application utile de l'action atta-

[32] Fr. 19, D., *qui potiores* 20, 4. Cf. Fr. 57, D., *de legatis I* (30). – Fr. 32, § 5, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1, et ci-après, t. II, § 188, notes 1. 12. — Si le tiers possesseur, ayant désintéressé le demandeur par le payement de la dette, est dans la suite poursuivi par le débiteur au moyen de la revendication, il pourra, à titre d'impenses nécessaires, exiger le remboursement de la somme payée. Fr. 65, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. – Fr. 29, D., *familiæ ercisc.* 10, 2. – Fr. 28, D., *de pignorat. act.* 13, 7, et ci-dessus, § 120, note 13.

[33] Fr. 18, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 21, § 1, D., *eodem.* « .... Iulianus ait ». – Fr. 14, D., *qui potiores in pignore habeantur* 20, 4.

[34] *Voy.* ci-dessus, § 155, note 19.

[35] *Voy.* ci-dessus, § 122, note 28, et PAUL, Fr. 14, D., *qui potiores* 20, 4. « Si non dominus duobus eamdem rem *diversis temporibus* pignoraverit, prior potior est : quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit ». Les solutions que donne ce texte sont irréprochables par la raison que, dans les deux hypothèses, le droit du demandeur et celui du défendeur sont exclusifs l'un de l'autre. Mais la décision devrait être différente « si non dominus duobus eamdem rem *eodem tempore* pignoraverit ». *Voy.* ci-dessus, § 162, notes 6-9.

[36] USUFRUIT ET AUTRES SERVITUDES. *Voy.* ci-dessus, § 155, notes 22-25, et particulièrement Fr. 11, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. « ... Et scribit Papinianus.... tuendum creditorem... Nam et cum emtorem ususfructus tuetur Prætor, cur non et creditorem tuebitur ? » — EMPHYTÉOSE ET SUPERFICIE. *Voy.* ci-dessus, § 155, note 22, et particulièrement Fr. 13, § 3, D., *de pignoribus* 20, 1. – PIGNUS PIGNORI DATUM. *Voy.* ci-dessus, § 165, et particulièrement les Fr. 13, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1 et L. 1, C., *si pignus pignori datum sit* 8, 24, cités à la note 2 dudit paragraphe.

chée au droit de propriété [37]; mais il paraît bien difficile d'approprier à notre hypothèse les formules des actions confessoire, vectigale, etc. Par contre, la formule de l'action Servienne s'y prête, on ne peut plus aisément : il suffit, à cet effet, de remplacer la mention de la chose corporelle, *qua de agitur*, par la mention de la servitude, de l'emphytéose, de la superficie, ou du gage qui sont l'objet de l'hypothèque qu'il s'agit de faire valoir [38]. — Quant au *pignus nominis*, il ne saurait évidemment pas servir de base à une action réelle, mais il nous donne le droit d'exiger le payement de la créance engagée au moyen de l'action qui y est attachée et que nous poursuivrons au nom du créancier, comme s'il nous en avait fait cession, *utilis actio quasi ex iure cessio* [39].

§ 167. *De l'interdit Salvien et des actions possessoires accordées au créancier gagiste.*

I. De l'interdit Salvien †. Cet interdit est le premier essai fait pour donner efficacité réelle à la simple convention de gage. Il avait été créé, comme nous l'avons vu ci-dessus [1], en faveur du bailleur d'un fonds rural à qui le fermier avait, pour sûreté du loyer, engagé les objets mobiliers qui seraient introduits dans la ferme, *invecta et illata*, sans en transférer toutefois ni la propriété, ni même la possession. La création de l'action Servienne dut avoir pour effet de restreindre sensiblement l'usage de l'interdit Salvien [2] : aussi ne trouvons-nous dans la législation de Justinien

[37] *Voy.* ci-dessus, note 5. — On pourrait aussi être tenté d'invoquer l'analogie du *pignus nominis*, ci-après, note 39; mais cet argument serait peu concluant.

[38] Au lieu de dire : « Si paret EAM REM » (ci-dessus, note 17), on n'avait qu'à mettre : « EUM USUMFRUCTUM, EUM FUNDUM VECTIGALEM OU SUPERFICIARIUM, ID PIGNUS AB EO, CUIUS IN BONIS TUM FUIT, PIGNORIS IURE A° A° OBLIGATUM ESSE..... NISI ARBITRATU TUO N^s N^s A° A° RESTITUAT AUT PECUNIAM SOLVAT, QUANTI EA RES ERIT *et reliqua*, comme ci-dessus, note 17.

[39] Fr. 18, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 15, § 10, D., *de re iudicata* 42, 1. — L. 7, C., *de hereditate vel actione vendita* 4, 39. — L. 4, C., *quæ res pignori* 8, 17, et ci-après, t. II, § 188. — Rappelons que nous pouvons aussi, sans agir contre le débiteur, vendre la créance engagée à un tiers qui, dans ce cas, aura le droit de poursuivre le payement *ex iure cesso* ou *quasi ex iure cesso*. *Voy.* ci-dessus, § 155 *in fine*.

† GAIUS, IV, 147. — PAUL, V, 6, 16. — § 3, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 2. § 3, D., *de interdictis* 43, 1. — Tit. D., *de Salviano interdicto* 43, 33. — Tit. C., *de precario et Salviano interdicto* 8, 9. — Des détails intéressants sur l'interdit Salvien se trouvent dans deux ouvrages que nous avons déjà eu l'occasion de citer : RUDORFF, *Über Pfandklagen* dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. XIII, n° 4, et M. MACHELARD, *Des interdits en droit romain*, pages 106 et suivantes.

[1] *Voy.* ci-dessus, § 153, notes 17-21, et GAIUS, IV, 147. — § 3, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 2, D., *h. t.* 43, 33.

[2] *Voy.* ci-dessus, § 153, notes 20-28. L'interdit présentait cependant toujours une certaine utilité, d'abord à cause du caractère plus expéditif de la procédure (§ 71, note 27), et de la preuve moins étendue (ci-après, notes 7. 16); ensuite, parce qu'il pouvait, le cas échéant, mieux servir comme mesure purement conservatoire. *Voy.* ci-après, note 18.

que trois passages qui s'en occupent [3], ce qui n'empêche pas que la matière soit devenue parmi les interprètes modernes le sujet de controverses fort compliquées.

L'interdit Salvien, tout en étant *adipiscendæ possessionis*, était bien certainement conçu dans la forme prohibitoire : QUOMINUS DUCAS VIM FIERI VETO [4]. Il avait été créé, comme nous l'avons dit, en faveur du bailleur rural à l'effet de le mettre à même de se saisir des objets mobiliers de la ferme qui étaient destinés à servir de gage pour assurer le payement du loyer. Le demandeur n'avait donc à prouver que les deux faits suivants : 1° la convention de gage [5]; 2° le fait de l'*invectio* ou *illatio* à l'égard des meubles réclamés [6]. Particulièrement il n'avait point à prouver que les *invecta* et *illata* appartenaient en propre au fermier [7]. — L'interdit était, d'après le témoignage formel de Julien et de Théophile, donné contre tout possesseur de la chose [8], et il faut convenir que, sans cette extension, il n'aurait été que d'une utilité fort restreinte [9]; cependant une constitution de Gordien semble ne l'accorder que contre le débiteur du

[3] Deux fragments de Julien et d'Ulpien dans le titre du Digeste, et un rescrit de Gordien, L. 1, C., *h. t.*

[4] *Voy.* ci-dessus, § 155, note 19. — RUDORFF, *l. l.*, pages 209-219, propose la rédaction suivante de l'édit de Salvien : « SI IS HOMO Q. D. A. EST EX HIS REBUS, DE QUIBUS INTER TE ET CONDUCTOREM CONVENIT UT, QUÆ IN EUM FUNDUM Q. D. A. INDUCTA ILLATA IBIQUE NATA FACTAVE ESSENT, EA PIGNORI TIBI PRO MERCEDE EIUS FUNDI ESSENT, NEQUE EA MERCES TIBI SOLUTA EOVE NOMINE SATISFACTUM EST, AUT PER TE NON STAT QUOMINUS SOLVATUR, ITA QUOMINUS EUM (HOMINEM) DUCAS, VIM FIERI VETO ».

[5] GAIUS, IV, 147. — § 3, I., *de interdictis* 4, 15, et THÉOPHILE *ad h. l.* — Cf. Fr. 4, pr. D., *in quibus causis* 20, 2. A l'égard des fruits du fonds et de *omnia quæ ibi nata sunt*, il ne fallait point de convention expresse, bien que, dans l'origine, elle fût sans doute usitée. *Voy.* CATON, *de re rust.* 146, cité ci-dessus au § 155, note 16; Fr. 7, pr. D., *in quibus causis* 20, 2; Fr. 61, § 8, D., *de furtis* 47, 2, et ci-dessus, § 159, notes 5 et 6.

[6] THÉOPHILE *ad* § 3, I., *cité*. — Fr. 1, D., *h. t.* « Si colonus in fundo pignoris nomine duxerit... 1... intulerit... 2... induxerit... ». — Fr. 2, D., *eodem*. « ... pignora invecta... » Cf. Fr. 7, § 1, D., *in quibus causis* 20, 2; Fr. 11, § 2, D., *qui potiores* 20, 4. — A l'égard des fruits et de *omnia quæ ibi nata sunt*, il ne fallait naturellement ni *invectio* ni *illatio;* il suffisait de prouver que *ibi nata erant*.

[7] Cela résulte de la nature de ce moyen de droit et surabondamment de la combinaison des passages suivants : GAIUS, IV, 147. — § 3 in f. I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 1, § 5. D., *de migrando* 43, 32, avec le § 7, I., *de actionibus* 4, 6. « Serviana... autem experitur quis de rebus coloni quæ *pignoris iure*... ei tenentur » et les passages cités ci-dessus, § 166, note 8. — *Voy.* encore ci après, notes 12-14.

[8] Fr. 1, pr. § 1, D., *h. t.* — THÉOPHILE *ad* § 3, I., *de interdictis* 4, 15.

[9] C'est, en effet, surtout pour reprendre les objets déplacés et soustraits à son pouvoir que le bailleur avait besoin de l'interdit Salvien ; et c'est parce que ce déplacement s'était opéré en fraude de ses droits et que la nature des objets soustraits rendait probable la connivence du tiers possesseur, que le préteur avait conçu cet interdit *in rem*. Cf. ce qui sera dit à propos de l'*interdictum fraudatorium*, ci-après, t. II, § 300. C'est sans doute pour le même motif que le Fr. 1, pr. D., *h. t.* admet l'interdit, même pour l'enfant de l'*ancilla in fundum inducta*, né chez l'acheteur de la mère. Cf. ci-dessus, § 159, note 6. — C'est par des considérations analogues que le Code Napoléon, art. 2102, accorde, pendant un certain délai, au bailleur le droit de revendiquer, *partout où il les trouve*, les meubles qui garnissaient sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement.

loyer [10]. — Le but de l'interdit était de procurer au demandeur la possession des objets engagés et déplacés [11]. Mais la sentence prononcée à cette occasion ne statuait point sur le droit réel du demandeur [12]. Notamment le défendeur, condamné à laisser suivre les objets réclamés, pouvait, au cas qu'il eût une hypothèque supérieure ou égale à celle du demandeur [13], se servir de l'action Servienne pour faire triompher définitivement son droit [14]. — En fait d'exceptions particulières à l'interdit Salvien, on ne saurait guère imaginer que celle que le défendeur fonderait sur ce qu'il possède lui-même en vertu d'une cause qui l'autoriserait à se servir du même interdit. Dans ce cas, en effet, le demandeur n'ayant justifié d'aucune raison plausible à l'effet de changer le *statu quo,* la possession du défendeur doit l'emporter : *melior est causa possidentis* [15].

De cet exposé il résulte que l'interdit Salvien différait de l'action Servienne particulièrement sous deux rapports. 1° Quant aux conditions requises, le demandeur dans l'action Servienne doit justifier du droit de propriété de son auteur, tandis que, dans l'interdit Salvien, il suffit de prouver la convention de gage et le fait de l'*invectio* ou *illatio* [16]. 2° Quant aux effets, le jugement de l'action hypothécaire statue sur l'existence et le rang du droit d'hypothèque, et il amène, à ce point de vue, un résultat définitif entre parties, tandis que le jugement qui intervient en suite de l'interdit Salvien n'a d'autre effet que d'assurer la possession à la partie victorieuse [17] et constitue plutôt un mesure conservatoire [18].

[10] L. 1, C., *h. t.* 8, 9. — Rudorff, *l. l.*, cherche, au moyen d'une interprétation plus ingénieuse que concluante, à donner un autre sens à cette loi malencontreuse de l'empereur Gordien.

[11] *Voy.* ci-dessus, notes 1. 9, et ci-après, notes 13-15.

[12] Cela résulte de l'ensemble de notre exposé et tout particulièrement de la solution d'Ulpien, dont il sera parlé dans la note 14, et qui décide de la manière la plus formelle qu'à l'égard du droit d'hypothèque, le jugement de l'interdit Salvien n'a point force de chose jugée. Cf. Fr. 14, § 3, D., *de exc. rei iud.* 44, 2.

[13] Il faut en dire autant du défendeur condamné qui est propriétaire des choses réclamés, pourvu, bien entendu, qu'elles aient été introduites dans la ferme sans son consentement.

[14] Ulpien, Fr. 2, D., *h. t.* « In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sunt ab aliquo invecta, possessor vincet : et erit eis descendendum ad Servianum iudicium ».

[15] Julien, Fr. 1. § 1. 2, D., *h. t.* « 1. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatæ essent, singuli adversus extraneos Salviano interdicto recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit (cf. ci-dessus, § 162, note 9). At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos, et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendant ». 2. « Idem servari conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur ». — La fin du § 1er et le § 2 de ce fragment prouvent, soit dit en passant, la fausseté de l'opinion assez répandue d'après laquelle l'interdit Salvien ne serait admissible qu'à l'égard d'une chose engagée en totalité, et non à raison de celle qui ne serait engagée que partiellement au demandeur. Cf. Rudorff, *l. l.* — M. Machelard, *l. l.*, pages 135 sqq.

[16] *Voy.* ci-dessus, notes 6 et 7.

[17] *Voy.* ci-dessus, notes 12 et 14.

[18] C'est ce qui explique : 1° que l'interdit Salvien est recevable, alors même que la dette

En dehors de ces points, relativement certains, l'interdit Salvien présente diverses questions douteuses et controversées. L'usage de l'interdit est-il, même dans le droit nouveau, restreint au bailleur d'un fonds rural et aux objets introduits par le fermier? ou bien le principe de l'action a-t-il été, comme celui de la Servienne, étendu et généralisé de façon qu'il faille accorder un interdit utile ou quasi-Salvien à tout créancier hypothécaire et à l'égard de toutes choses [19]? L'interdit est-il *in rem*, ou bien ne peut-il, dans le droit nouveau, être intenté que contre le débiteur même, comme le semble dire la constitution de Gordien [20]? Ces questions et bien d'autres encore ne sont, dans l'état actuel des sources, susceptibles d'aucune solution précise, mais heureusement aussi elles n'ont aucune importance au point de vue théorique.

II. Le créancier gagiste, ayant la possession de la chose engagée, peut se servir des interdits ordinaires *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* [21]. — Le créancier hypothécaire n'a ni la possession matérielle de la chose, ni la quasi-possession de son droit; par conséquent, il n'a aucune action possessoire. Aussi n'en a-t-il pas besoin, car l'exercice de son droit a pour effet de l'éteindre.

COMMENT S'ÉTEINT LE DROIT DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE †.

§ 168.

Les modes généraux d'extinction, communs à tous les droits, s'appliquent naturellement aussi au droit de gage ou d'hypothèque [1]. Nous n'avons donc à nous occuper ici que des cas qui présentent quelque intérêt particulier [2]. — Il paraît inutile d'insister sur ce que l'extinction du

n'est point encore exigible, décision que les compilateurs du Digeste ont étendue à l'action hypothécaire. *Voy.* les deux passages d'ULPIEN, *libro* LXXIII *ad Edictum*, Fr. 14, pr. D., *de pignoribus* 20, 1; Fr. 1, § 4, D., *de migrando* 43, 32, et ci-dessus, § 166, note 12. — 2° Que dans l'interdit Salvien, *in pari causa melior est condicio possidentis*. JULIEN, Fr. 1, § 1, D., *h. t.*, ci-dessus, note 15. Cette décision, parfaitement admissible quand il s'agit d'une mesure conservatoire, est contraire à toute justice quand on l'applique à une contestation dans laquelle le juge est appelé à statuer définitivement sur l'existence d'un droit. *Voy.* ci-dessus, § 162, notes 8. 9, et § 166, notes 14 et 28.

[19] En faveur de l'opinion qui admet la généralisation, l'on invoque, avec une grande apparence de raison, PAUL, V, 6, 16. On argumente aussi, mais d'une manière peu concluante, des Fr. 2, § 3, D., *de interdictis* 4, 15; L. 3, C., *de pign.* 8, 14; L. 1, C., *de partu pignoris* 8, 33. Enfin, la L. 1, C., *h. t.*, peut être entendue dans le même sens, si l'on traduit les mots « conductorem debitoremve » de la manière suivante : « contre un fermier ou autre débiteur ». Mais cette interprétation est vivement contestée. *Voy.* M. MACHELARD, *l. l.*, pages 111 et suivantes.

[20] *Voy.* ci-dessus, notes 9. 10.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 160, note 11.

† Tit. D., *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* 20, 6. – Tit. C., *de remissione pignoris* 8, 26. – Tit. C., *de luitione pignoris* 8, 31.

[1] Ainsi le gage constitué à terme s'éteint par l'expiration du terme. Fr. 6, pr. D., *h. t.*

[2] Encore croyons-nous faire chose utile, en reléguant ici dans une note trois causes d'extinction

droit de *pignus* n'exerce par elle-même aucune influence sur l'existence de la dette pour sûreté de laquelle il a été constitué [3].

1° L'hypothèque s'éteint d'abord par la perte de la chose engagée ou hypothéquée [4]. Un simple changement de la chose n'opère pas l'extinction du droit. Ainsi, quand la maison s'écroule, l'hypothèque continue de frapper le sol et par conséquent aussi la maison qui pourrait y être construite par la suite [5].

2° L'extinction de la dette pour sûreté de laquelle le droit d'hypothèque a été constitué entraîne l'extinction de ce droit [6]. Quelques passages du Digeste, notamment un fragment du jurisconsulte Marcien [7], semblent apporter à cette règle, qui est une conséquence naturelle du caractère accessoire du gage, des restrictions importantes, en n'admettant la cessation de l'hypothèque que *si soluta est pecunia aut creditori satisfactum est* [8]. Aussi a-t-on voulu conclure de ces passages que le droit d'hypothèque continuerait de subsister quand l'extinction de la dette aurait été produite sans le concours de la volonté du créancier et sans qu'il ait trouvé satisfaction. — Cette proposition, incompatible avec les principes généraux, est loin d'être consacrée dans nos sources. Il est certes indubitable que nous ne pouvons plus prétendre à un droit d'hypothèque quand la prestation garantie ou une autre prestation que nous reconnais-

qui appartiennent exclusivement au droit positif romain : *A*) Fr. 24, § 3, D., *de pign. act.* 13, 7. « ... Si prostituit ancillam (creditor) vel aliud improbatum facere coegit, ilico pignus ancillæ solvitur. — *B*) Le Fr. 15, § 25, D., *de damno infecto* 39, 2, punit de la perte de son droit de gage le créancier qui reste en défaut de fournir la *cautio damni infecti* du chef du bâtiment sur lequel il a hypothèque. *Voy.* ci-après, t. II, § 283, I. — *C*) L'aliénation d'une chose faite par le fisc, l'empereur ou l'impératrice a pour effet d'éteindre toutes les hypothèques dont cette chose est frappée, § 14, I., *de usucapionibus* 2, 6. — L. 2. 3, C., *de quadriennii præscr.* 7, 37. Cf. ci-dessus, § 106, note 2.

[3] L. 1 in f. C., *si adversus creditorem* 7, 36. – L. 25, C., *de pignoribus* 8, 14. – L. 9, C., *de pignorat. act.* 4, 24. « ... Consequens est, secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus... personalem actionem debiti resposcendi causa integram te habere ». Cette considération est surtout importante pour le cas où le créancier renoncerait à son droit d'hypothèque. *Voy.* ci-après, n° 4, et Fr. 3, D., *de pactis* 2, 14.

[4] Fr. 8, pr. D., *h. t.* – Fr. 18, § 3, D., *de pignorat. act.* 13, 7. Cf. ci-dessus, § 123, I. — Ce que nous disons ici de la perte des choses corporelles s'applique naturellement aussi aux choses incorporelles, en tant qu'elles sont susceptibles de perte ou d'extinction. *Voy.* ci-après, n° 5.

[5] Fr. 21, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 16, § 2. Fr. 29, § 2. Fr. 35, D., *de pignoribus* 20, 1. Cf. Fr. 13, pr. D., *eodem.*

[6] Fr. 43, D., *de solutionibus* 46, 3. – Fr. 6, pr. D., *h. t.* « Item liberatur pignus... si *qua ratione* obligatio eius finiat ». — Cf. Fr. 13, D., *eodem*, ci-après, note 17.

[7] Marcien, Fr. 13, § 4, D., *de pignoribus* 20, I. « Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est, *quibus cessantibus tenet...* » – Fr. 9, § 3, D., *de pignorat. actione* 13, 7. – Fr. 5, § 2. 3. Fr. 6, pr. D., *h. t.*

[8] Que faut-il entendre par *solutum* et *satisfactum?* Solutum. Fr. 11, § 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7; Fr. 49, D., *de solutionibus* 46, 3. – Satisfactum, Fr. 9, § 3, D., *de pignorat. act.* 13, 7; Fr. 5, § 2. 3. Fr. 6, D., *h. t.*

sons satisfactoire nous a été dûment faite [9], ou bien quand c'est par notre faute que n'avons point reçu la prestation [10]. Mais il en sera nécessairement de même toutes les fois que l'exécution de l'obligation garantie est devenue impossible par un événement fortuit dont le débiteur n'est en aucune façon responsable [11], ou que la dette vient à cesser par une cause quelconque, du nombre de celles qui ont pour effet d'éteindre *ipso iure* les droits d'obligation [12], même sans le concours de la volonté du créancier, notamment par la confusion proprement dite [13]. Le passage de Marcien se rapporte à la novation qui s'opère par le jugement et par la *litis contestatio*, deux hypothèses dans lesquelles la créance est, à la vérité, éteinte d'après la lettre de la loi, mais se reproduit, au moment même de l'extinction, sous une forme nouvelle [14]. Dans ces cas et dans d'autres cas analogues [15], on aurait, d'une manière inique, sacrifié le fond à la forme, si l'on avait privé de la garantie hypothécaire, qui couvrait la créance primitive, le nouveau rapport obligatoire qui remplace cette créance à tous égards [16]. A plus forte raison, l'hypothèque doit-elle continuer quand une créance est frappée d'inefficacité civile par une exception qui laisse subsister l'élément naturel de l'obligation [17]. Parmi les espèces qui appartiennent à cet ordre d'idées, nous signalons particulièrement la disposition légale qui permet au créancier de diriger l'action hypothécaire contre

[9] Solutio, in solutum datio, offres réelles suivies de consignation. Fr. 11, § 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 49, D., *de solutionibus* 46, 3. – L. 19, C., *de usuris* 4, 32, et ci-après, t. II, §§ 288-290. — Novation. Fr. 11, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 18, D., *de novationibus* 46, 2, et ci-après, t. II, § 294. — Compensation. L. 12, C., *de compensationibus* 4, 31, et ci-après, t. II, § 292. — L'acceptilation aussi constitue une *satisfactio*, bien que ce mode de libération puisse se produire sans que le créancier reçoive aucune prestation. Fr. 11, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 49, D., *de solutionibus* 46, 3, et ci-après, t. II, § 295.

[10] Fr. 20, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. – Fr. 11, § 4, D., *qui potiores* 20, 4. – Fr. 6, § 1, D., *h. t.* 20, 6. – L. 19, C., *de usuris* 4, 32. – L. 3, C., *de luitione pignoris* 8, 31.

[11] *Voy.* ci-après, t. II, § 287, note 7.

[12] Le Fr. 11, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7, semble mettre sur la même ligne l'*acceptilatio* et le simple *pactum ne petatur*, bien que ce dernier n'éteigne pas la dette, mais donne simplement une exception contre l'action en exécution. Il est vrai que l'on peut considérer ce pacte comme impliquant renonciation au droit d'hypothèque. *Voy.* ci-après, note 23.

[13] C'est-à-dire, la réunion dans la même personne des deux qualités de *créancier* et de *débiteur*. *Voy.* ci-après, t. II, § 297, *initio*.

[14] *Voy.* ci-dessus, § 54, notes 6 sqq. et § 69, note 5.

[15] Fr. 13, § 1. Fr. 14, D., *ad Sc. Velleianum* 16, 1. *Voy.* ci-après, t. II, § 265. – Fr. 59, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. – Fr. 38, § 5. Fr. 93, pr. § 2, D., *de solutionibus* 46, 3.

[16] *Voy.* ci-dessus, § 54, note 12, et ci-après, t. II, § 294 *in fine*.

[17] Fr. 14, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. « Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat ». – L. 2, C., *de luitione pignoris* 8, 31. « Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota ». *Voy.* ci-dessus, § 155, note 2, et ci-après, t. II, § 193, notes 9. 20. 21 ; § 298, notes 7 sqq. — Il est à remarquer que le Fr. 13, D., *h. t.*, déclare qu'un jugement injuste, qui proclame la non-existence de la dette, a pour effet d'éteindre le gage, tandis que les Fr. 28. 60, D., *de condict. indebiti* 12, 6, admettent que l'élément naturel de l'obligation continue de subsister malgré un jugement absolutoire injuste. *Voy.* ci-après, t. II, § 298, note 16.

le débiteur et ses héritiers, même dix ans après que l'action personnelle contre eux a été éteinte par la prescription trentenaire [18]. Mais quand l'obligation est soumise à une exception qui la rend inefficace à tous égards, même au point de vue du lien naturel, il est incontestable que cette inefficacité frappe également l'hypothèque qui a pu être constituée pour sûreté de cette obligation [19]. — De quelque manière, au reste, que la dette garantie ait été frappée d'extinction, il faut qu'elle soit éteinte entièrement, y compris les accessoires, pour que le gage soit libéré. L'extinction partielle de la dette n'influe point sur l'existence de l'hypothèque, qui continue de subsister pour le reste, à cause de sa nature indivisible, *propter indivisam pignoris causam* [20].

3° La confusion dans la même personne des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de la chose hypothéquée amène naturellement l'extinction du droit de *pignus*, personne ne pouvant avoir un *ius in re* sur sa propre chose [21]. Cependant nous avons vu que, par des motifs d'équité, on admet quelques exceptions à cette règle fondée dans la nature des choses en accordant, dans certains cas, un droit d'hypothèque, pour ainsi dire fictif, à l'acquéreur de la chose hypothéquée [22].

4° Le créancier peut renoncer à son droit d'hypothèque. La renonciation peut être expresse ou tacite [23]. — On présume que le créancier renonce à son droit de gage ou d'hypothèque, *a*) s'il restitue au débiteur la chose engagée ou ses titres d'hypothèque [24], *b*) s'il permet au débiteur de vendre

[18] L. 7, § 1. 2, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39, et ci-après, t. II, § 298, note 7.

[19] *Voy.* ci-après, t. II, § 193, Observation, n° 3 et *in fine*; §§ 202. 203; § 287, note 2.

[20] *Voy.* ci-dessus, § 154, notes 7. 8; § 159, notes 12. 13, et Fr. 8, § 2, 3. Fr. 9, § 3. Fr. 11, § 3. 4, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 13, § 6. Fr. 19, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 18, D., *qui potiores* 20, 4. — Fr. 85, § 6 in f. D., *de verborum obl.* 45, 1. — L. 4. 22, C., *de usuris* 4, 32. — L. 6, C., *de pignoribus* 8, 14. — L. 6. 16, C., *de distract. pignorum* 8, 28. — L. 2, C., *debitorem venditionem pignoris impedire non posse* 8, 29. Si le débiteur, ayant donné un ou plusieurs gages, laisse plusieurs héritiers et que l'un d'eux paye sa quote-part de la dette, les gages n'en subsistent pas moins en entier. Fr. 25, § 14, D., *famil. ercisc.* 10, 2. — Fr. 8, § 2, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2. — L. 16, C., *de distract. pignorum* 8, 28. — L. 1, C., *de luitione pignoris* 8, 31. — L. 2, C., *si unus ex pluribus heredibus* 8, 32.

[21] *Voy.* ci-dessus, § 155, note 17, et Fr. 45, D., *de regulis iuris* 50, 17. — Fr. 20, § 3. Fr. 29, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 33, § 5, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 30, § 1, D., *de exc. rei iud.* 44, 2. « ... Neque enim potest pignus perseverare, domino constituto creditore ».

[22] *Voy.* ci-dessus, § 164, n° 2. Au cas exposé dans cet endroit, il faut ajouter les hypothèses où le créancier devient propriétaire de la chose engagée par achat amiable ou par succession héréditaire. Fr. 3, D., *quæ res pignori* 20, 3. — Fr. 59, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. — Fr. 30, § 1, D., *de exceptione rei iud.* 44, 2. — L. 1, C., *si antiquior creditor* 8, 20. — Cf. ci-dessus, § 161, notes 26 et 28.

[23] Fr. 9, § 3. Fr. 11, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 5, pr. D., *h. t.* 20, 6. « Solvitur hypotheca, et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat... ». — Fr. 7, § 2. Fr. 8, § 1. 18. Fr. 14, D., *eodem.* — Fr. 1, § 1, D., *de liberatione legata* 34, 3. — L. 23, C., *de pignoribus* 8, 14. — Tit. C., *de remissione pignoris* 8, 26.

[24] L. 7. 9, C., *de remissione pignoris* 8, 26. — Cf. Fr. 3, D., *de pignorat. act.*, ci-après, note 27.

la chose engagée ou hypothéquée [25], *c*) s'il permet au débiteur d'engager ou d'hypothéquer la chose en faveur d'un autre [26]. Toutefois le créancier est toujours admis à prouver que ces actes n'ont pas été faits par lui dans l'intention de renoncer à son droit [27].

5° Si le droit du constituant sur l'objet donné en hypothèque vient à s'éteindre, le droit d'hypothèque s'évanouit également. Cela a lieu, en ce qui concerne les choses corporelles, dans les cas exceptionnels où la révocation du droit de propriété s'exerce *in rem* [28]. Les hypothèques consenties par l'usufruitier, par l'emphytéote et par le superficiaire cessent à la suite de l'extinction des droits affectés au gage [29]. Le *pignus pignori datum* ne peut survivre à l'extinction du droit du premier créancier [30], et le *pignus nominis* s'évanouit naturellement si la créance engagée vient à s'éteindre.

6° Dans la législation de Justinien, la prescription peut mettre fin au droit d'hypothèque. Nous avons vu ci-dessus que les servitudes s'éteignent soit par le simple non-usage, soit par une espèce de *libertatis usucapio* de la part du propriétaire de la chose assujettie. Il n'en était pas de même autrefois du droit d'hypothèque. Dans l'ancien temps, l'usucapion n'avait point pour effet d'éteindre les hypothèques dont la chose usucapée était grevée; mais la *longi temporis præscriptio,* opposée comme exception à l'action Servienne, ôtait toute efficacité au droit d'hypothèque [31]. Après la fusion opérée par Justinien, la possession acquise en vertu d'un juste titre et avec bonne foi, c'est-à-dire sans que l'existence du droit d'hypothèque soit connue de l'acquéreur, suffit pour donner, après dix ou vingt ans, la

[25] Fr. 158, D., *de reg. iur.* 50, 17. – Fr. 4, § 1. 2. Fr. 7, pr. § 1. Fr. 9, pr. D., *h. t.* – L. 2, C., *de remiss. pign.* 8, 26. — Le motif de cette présomption est que le débiteur n'a pas besoin de l'autorisation du créancier pour vendre, et qu'on ne peut supposer que les parties aient voulu faire un acte inutile. Il est à remarquer : 1° que le consentement du créancier peut se donner tacitement (Fr. 8, § 15, D., *h. t.* – L. 6. 8, C., *de remissione pignoris* 8, 26); 2° que l'hypothèque n'est réellement éteinte que si le consentement donné est suivi de l'aliénation valable de la chose hypothéquée ou engagée. Fr. 4, § 2. Fr. 8, § 6-18. Fr. 10, pr. D., *h. t.* – L. 11, C., *de remissione pignoris* 8, 26.

[26] Il se peut, au reste, que ce consentement n'implique que renonciation au rang de l'hypothèque : c'est une question d'intention. Fr. 9, § 1. Fr. 12, pr. D., *h. t.* – Fr. 12, § 4, D., *qui potiores* 20, 4.

[27] Cf. la note précédente et Fr. 3, D., *de pignoraticia actione* 13, 7.

[28] *Voy.* ci-dessus, § 94, n° 3, et ci-après, t. II, § 249, Observation. — Cf. Fr. 13, § 1, D., *de pignoribus* 20, 1. « Statuliber quoque dari hypothecæ poterit, licet condicione existente evanescat pignus ». *Voy.* ci-après, t. III, § 337 *in fine.*

[29] Fr. 8, pr. D., *h. t.* 20. 6. – Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1.

[30] *Voy.* ci-dessus, § 165, notes 3 et 4.

[31] *Voy.* ci-dessus, § 115, et Fr. 1, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. – Fr. 44, § 5, D., *de usurpationibus* 41, 3. – Fr. 2, pr. D., *pro herede* 41, 5. – Fr. 5, § 1. Fr. 12, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. – L. 7, C., *de pignoribus* 8, 14. – Tit. C., *si adversus creditorem præscriptio opponitur* 7, 36.

propriété libre de la chose acquise [32]. A défaut de juste titre ou lorsque les conditions requises pour la *longi temporis præscriptio* ne se trouvent pas réunies, la *præscriptio longissimi temporis* produira le même effet, pourvu que la possession ait été acquise de bonne foi [33]. Il s'ensuit que jamais le débiteur ou ses héritiers ne peuvent usucaper la liberté de la chose, pas plus que les tiers possesseurs qui savent que la chose est hypothéquée ou engagée. Cependant même les possesseurs de mauvaise foi peuvent, après trente ans, opposer la *præscriptio temporalis* à l'action hypothécaire dirigée contre eux. Le délai est de quarante ans pour le débiteur et ses héritiers [34].

7° La vente du gage, valablement faite en vertu d'un droit d'hypothèque, éteint non-seulement le droit du créancier qui fait vendre, mais elle frappe en même temps d'inanité absolue toutes les hypothèques postérieures [35].

8° Enfin, d'après une disposition particulière de l'empereur Justinien, la vente d'une chose hypothéquée, faite par un héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, a pour effet d'éteindre les droits d'hypothèque dont la chose était grevée [36].

[32] L. 8, pr. C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39. « Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos posse-derit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius, vel creditores hypothecam eius prætendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus... »

[33] L. 8, § 1, C., *de præscr.* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39. *Voy.*, en général, § 114.

[34] L. 1. 2, C., *si adversus creditorem* 7, 36. — L. 7, C., *de præscriptione* XXX *vel* XL *annorum* 7, 39. — Cf. Fr. 5, § 1, D., *de diversis temporal. præscr.* 44, 3.

[35] L. 6. 7, C., *de obligationibus et actionibus* 4, 10. — L. 6, C., *qui potiores in pignore habeantur* 8, 18. — L. 1, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit* 8, 20. — L. 15, C., *de distractione pignorum* 8, 28. — Cf. Fr. 4, § 1, D., *h. t.* 20, 6.

[36] Sauf aux créanciers hypothécaires à prendre leur recours contre les créanciers et les légataires qui ont profité du prix de vente. L. 22, § 6. 7. 8, C., *de iure deliberandi* 6, 30. Cf. ci-après, t. III, § 402.

FIN DU TOME PREMIER.

ADDENDA & CORRIGENDA.

TOME PREMIER.

Page 7, nº 8 . . . . Le Musée archéologique de Madrid possède depuis peu un fragment considérable d'une troisième table de la loi *coloniæ Genetivæ Iuliæ*, qui comprend les chapitres 61-82. Cf. M. Giraud, dans le *Journal des savants*, 1876. 1877, et MM. Hübner et Mommsen, dans l'*Ephemeris epigraphica*, tome III, p. 87.

» 8, après le nº 10 . . . . Au commencement de 1876, on a trouvé en Portugal, dans le village d'Aljustrel, près de la ville de Faro, province des Algarves, une table de bronze qui contient plusieurs chapitres d'un règlement impérial (probablement de la dernière moitié du siècle premier) concernant l'administration des mines de Vipascum, *lex Metalli Vipascensis*. Cette inscription a été publiée par M. Soromenho, *La table de bronze d'Aljustrel*. Lisbonne, 1877, et dans l'*Ephemeris epigraphica*, t. II, p. 165.

» 10, nº 24. . . . . Nouvelle édition, par M. H.-W. Waddington, *Édit de Dioclétien, établissant le maximum dans l'empire romain, avec de nouveaux fragments et un commentaire*. Paris, 1864.

» 12, notes 54. 55. . . . . Au mois de juillet 1875, on a trouvé, à Pompéi, dans la maison de L. Cæcilius Iucundus, homme d'affaires et directeur de ventes, un grand nombre de tablettes, qui contiennent des quittances délivrées au dit Iucundus soit par des particuliers, soit par la ville de Pompéi, ces dernières concernant le payement de loyers de biens communaux. Le texte de ces tablettes a été publié par M. de Petra, dans les *Atti de' Lincei*, tome III, série 2. La revue *Hermes*, t. XII, p. 91, en contient une analyse accompagnée d'observations intéressantes de M. Th. Mommsen.

» 45, note 10, ligne ultième . . Au lieu de : « Asc., » lisez : « Asconius ».

» 50, note 8. ligne ultième . . Ajoutez : « *Gromatici*, p. 253, 17 ; 349, 17 (120. 257 Goës) ».

» 50, note 10 . . . . . . Ajoutez : « Festus, vv. *Limitatus. Viritanus.* — *Gromatici*, p. 5, 5 ; 72, 14 ; 199, 11 (47. 78. 190 Goës) ».

» 52, note 16, ligne 2. . . . Ajoutez : « Sénèque, *epist.*, 88 ».

» 56, note 19, F . . . . . Lisez : « Cic., *tuscul.* IV, 2 ; *de republica*, IV, 10 ».

Page 38, note 34 . . . . . . Cette note 34 doit être remplacée par ce qui suit : « *Sacramentum* est l'enjeu déposé, d'après Varron, *de l. l.*, V, 180. « *Sacramento a sacro.* Qui petebat, ... deponebat », et Festus, v. « *Sacramentum*, æs ..... dici cœptum est, quod ..... consumebatur *in rebus divinis* ». Malgré ces affirmations, il existe une étymologie qui paraît bien plus sérieuse. Il est, en effet, probable que, dans l'origine, les parties affirmaient leurs prétentions sous la foi du serment : *sacramento provocare, contendere*. Le mot *sacramentum* sert, en effet, à désigner une nuance du *jurare*, comme le rapporte, au reste, Festus lui-même dans un passage de son abréviateur Paul, v. « *Sacramentum* dicitur quod iurisiurandi sacratione interposita actum est ». Cf. Cic., *de officiis*, I, 11. — Tite-Live, III, 20. IV, 5. 53. X, 38. XXII, 38*. XXVIII, 27. — Servius *ad Verg. Æn.* VIII, 1. – L. 14, pr. C., *de iudiciis*, 3, 1. – L. 8, C., *de iureiurando*, 4, 1 ».

» 65, note 24, ligne 1. . . . Après : « *topica*, 2 », ajoutez : « et Boëthius, p. 291 Orelli ».

» 107, note 18, ligne 4. . . . Au lieu de : « rendu en *ex* », lisez : « rendu en 558 *ex* ».

» 107, note 22, lignes 1 et 3 . . En tête de la note, mettez : « Lex Quinctia (Bruns, *fontes*, p. 86, lin. 11) », et ajoutez : « Tacite, *Annales*, XIII, 28 ».

» 109, note 34 . . . . . Ajoutez : « Varron, *de l. l.* VI, 87 (V, 9 Gothofr. – p. 75 Bipont.) ».

114, note 36 . . . . . . Au lieu de : « § 212 », lisez : « § 215 ».

» 130 note 25, ligne ultième. . Ajoutez : « et n° 79, note 20 ».

» 139, note 4. . . . . . . Ajoutez : « et p. 130, notes 25. 26 ».

» 147, note 28 . . . . . . Ajoutez : « Valère-Maxime, V, 6, 8 ».

» 148, note 30, ligne ultième . . Au lieu de : « § 213 », lisez : « § 216 ».

» 162, note 21, ligne 4 . . . Au lieu de : « 3421 », lisez : « 342 .

» 163, note 49, ligne 1. . . . Au lieu de : « *acquisitionis* », lisez : « *auquisitionis* ».

» 170, note 79, ligne pénultième. Au lieu de : « Dion Cassius, XXXVI », lisez : « XXXVII ».

» 174, note 10 . . . . . . Au lieu de : « note 14 », lisez : « note 15 ».

» 175, note 17, ligne 1. . . . Après la citation : « *pro Cluentio*, 41 », ajoutez : « *pro Rabirio*, 4; *ad familiares*, VIII, 8, 3 ».

» 179, ligne 20 . . . . . . Au lieu de : « abolit », lisez : « retablit ».

» 188, note 16 . . . . . Après la citation : « *in Verrem*, II, 46 », ajoutez : « *pro Tullio*, 38 ».

» 194, note 55, ligne ultième . . Ajoutez : « Cf. ci-après, § 68, note 9 ».

» 195, note 65, ligne 1. . . . Après la citation : « Varron, *de l. l.*, V, 155 », ajoutez : « (IV. 32 in f. Gothofr. – p. 45 Bipont.) ».

» 208, note 7, ligne ultième . . Au lieu de : « p. 36, 405 », lisez : « p. 36, 4. 5 ».

» 211, note 34, ligne 6 . . . . Au lieu de : « c. 23 », lisez : « c. 22. 23 sq ».

» 214, note 1, ligne ultième . . Au lieu de : « § 248 », lisez : « § 249 ».

» 224, ligne 21 . . . . . . Après : « agressifs », ajoutez : « , *decreta*, ».

» 231, note 48 . . . . . . Au lieu de : « §§ 329 », lisez : « §§ 332-335 ».

» 241, note 1, l antépénultième . Après : « c. 4. », ajoutez : « p. 104, 14 Orelli ».

» 248, notes 24. 25. . . . . Ces deux notes doivent changer de numéros d'ordre.

» 296, note 45 . . . . . . Ajoutez : « Pomponius, Fr. 39, in f. D., *de stipulatione servorum* 45, 3. « ... Gaius noster... », et ci-dessus, p. 295, note 36 ».

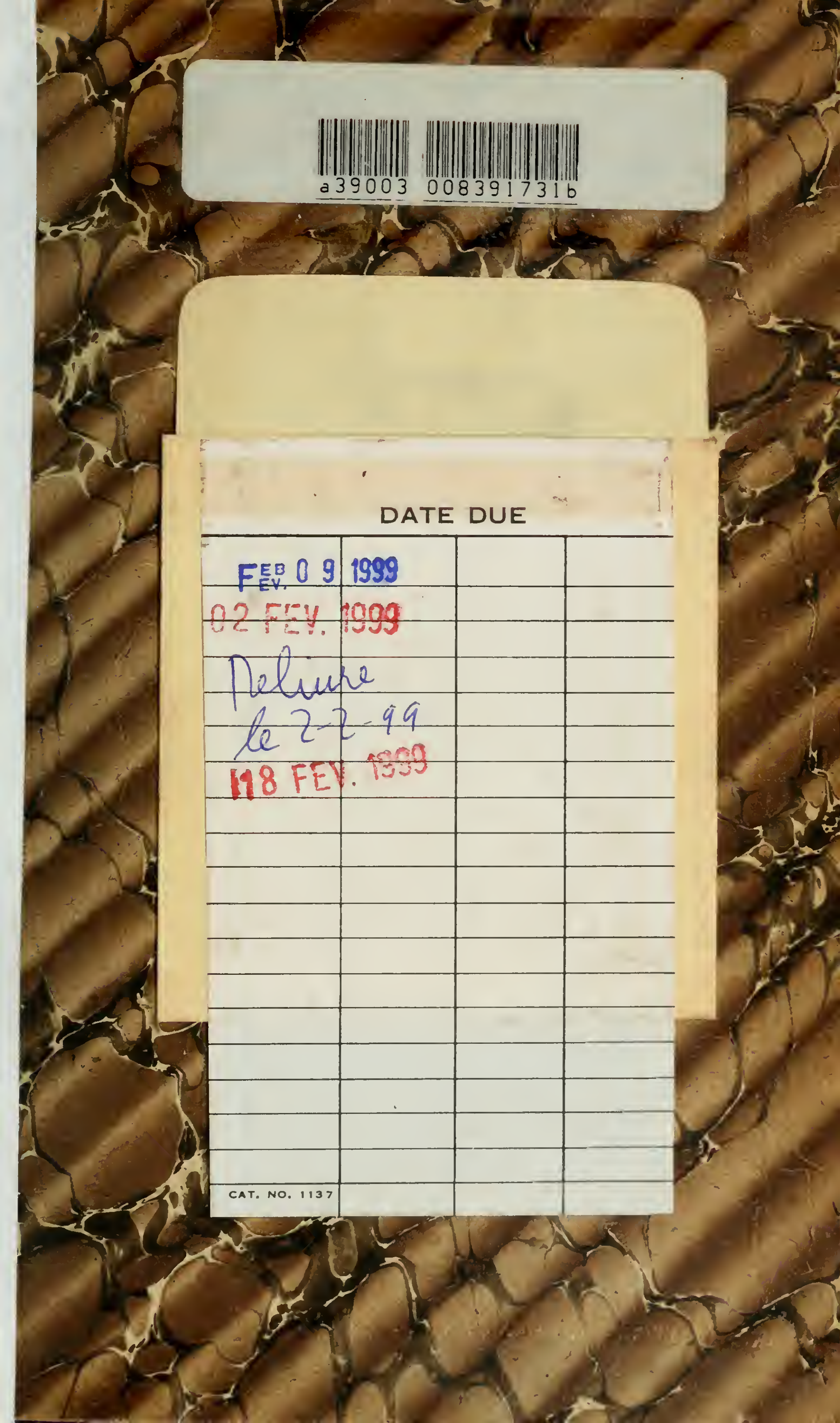
» 299, ligne 22 . . . . . . Lisez : « Julius (ou Gallus) Aquila. »

» 323, note 29, l. antépénultième. Au lieu de : « n° 206 », lisez : « page 206 ».

Page 324, note 27	Ajoutez : « Sénèque. *epist.*, 88. — Fr. 7, § 4, D., *si mensor* 11, 6. »
» 344, ligne 7	Lisez : « Julius (ou Gallus) Aquila. »
» 344, note 5, l. 2	Après le mot : « note », mettez le chiffre : « 20 ».
» 346, note 20, ligne ultième .	Ajoutez : « L. 1, C., *de compensationibus* 4, 31, et ci-après, t. II, § 291, note 9 ».
» 399, note 33, ligne 4. . . .	Au lieu de : « 30 », lisez : « 130 ».
» 400, note 38	Mettez en tête de la note : « Gaius, III, 101. 133 ».
» 414, note 11, ligne pénultième .	Au lieu de : « § 161 », lisez : « § 160 ».
» 420, note 32	Au lieu de : « § 309 », lisez : « . 308 ».
» 462, notes 5. 6 *in fine* . . .	Au lieu de : « n° I », lisez : « n° III ».
» 469, note 2, ligne 4	Retranchez : « Fr. 20. pr. D., *de condic. instit.* 28, 7 ».
» 470, note 4.	Au lieu de : « note 10 », lisez : « note 13 ».
» 476, note 10, ligne 4 . . .	Retranchez : « Fr. 97, D., *de regulis iuris* 50, 17 ».
» 491, notes 6. 7	*Voy.* l'observation faite ci-dessus à propos de la page 58, note 34.
» 492, notes 11. 12.	
» 497, note 47, ligne ultième. .	Ajoutez : « § 334, note 3 ».
» 514, note 7	Ajoutez : « *Vaticana fragm.* 49. Nulla legis actio prodita est *de futuro* ».
» 521, note 7, l. antépénultième.	Au lieu de : « § 86, I *in fine* », lisez : « § 68, note 22 ».
» 533, note 21, ligne 1. . . .	Après : « t. II, § 233 », ajoutez : « notes 10. 13 ».
» 535, note 3.	Au lieu de : « 96, c. 1. », lisez : « 96, c. 2 ».
» 535, note 13	Aux citations de cette note, ajoutez : « Fr. 35, D., *de usuris* 22, 1. « Lite contestata usuræ currunt. » Cf. Fr. 11, § 1. Fr. 18. 19, D., *de novationibus* 46, 2, combinés avec L. 1, C., *de iudiciis* 3, 1 ».
» 540, note 16, ligne 1 . . .	Au lieu de : « Fr. 17, § 4 », lisez : « Fr. 17, § 14. 20 ».
» 554, note 13, ligne ultième. .	Au lieu de : « note 52 », lisez : « note 56 ».
» 563, note 6, ligne ultième . .	Ajoutez : « Cf. ci-après, t. II, § 212, note 1 ».
» 564, note 21, ligne 2. . . .	Retranchez : « F. 53, § 1, D., *de evictionibus* 21, 2 ».
» 579, note 11, ligne ultième. .	Au lieu de : « t. II, § 173 », lisez : « t. II, § 173. Observation 1 ».
» 588, ligne 7	Au lieu de : « *certi* », lisez : « *pecuniæ certæ* ».
» 601, note 37, ligne 2. . . .	« L'interdit Salvien » doit disparaître de la ligne 2 et être transporté à la ligne 4.
» 632, note 1, ligne 10. . . .	Après : « maison », ajoutez : « Cf. Fr. 8, D., *quod vi aut clam* 43, 24 ».
» 634, note 11. ligne 1. . . .	En tête de la note, mettez : « Fr. 1, § 3, D., *h. t.* « ... Sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat ».
» 646, ligne 16	Après : « syndics », ajoutez : « les tuteurs ».
» 681, note 33, ligne ultième. .	Ajoutez : « Fr. 14, § 11, D., *furti* 47, 2 ».
» 695, note 10, ligne ultième . .	Au lieu de : « note 10 », lisez : « note 11. 13 ».
» 697, note 5, ligne 3	Ajoutez : « et t. II, § 278, note 5 ».
» 698, note 10, ligne ultième . .	Au lieu de : « note 48 », lisez : « note 53 ».
» 720, ligne ultième.	Au lieu de : « impenses », lisez : « impenses [11] ».
» 723, note 11, ligne 1. . . .	Ajoutez : « § 26, in f. I., *de rerum divisione* 2, 1 ».
» 725, note 8	Ajoutez : « Fr. 81, D., *de iure dotium* 23, 3 ».
» 741, note 10, ligne 1. . . .	Au lieu de : « *de legibus,* II, 21 », lisez : « *de legibus,* I, 21 »
» 743, note 33	Au lieu de : « note 46 », lisez : « note 47 ».
» 750, note 11	Au lieu de : « Fr. 26 », lisez : « Fr. 16 ».
» 759, note 61, ligne 1. . . .	Après : « Fr. 2, § 21 », ajoutez : « Fr. 13 ».
» 773, note 11, ligne 4 . . .	Au lieu de : « Fr. 3 », lisez : « Fr. 2 ».
» 776, note 24, ligne ultième . .	Au lieu de : « note 24 », lisez : « note 26 ».

Page 786, note 41, ligne 2 . . . Au lieu de : « 4, 19 », lisez : « 4, 9 ».
» 790, note 32, ligne 3. . . . Au lieu de : « § 221 », lisez : « § 222, note 17 ».
» 802, note 14 . . . . Au lieu de : « n° 7 », lisez : « n° 6 ».
» 870, note 1, ligne 4 . . . . Au lieu de : « *topica*, c. 4 », lisez : « *topica*, c. 10, p. 340, 39 Orelli ».
» 881, note 21, ligne 5 . . . Après : « Fr. 6, § 8. 9 », ajoutez : « Fr. 7, § 13. »
» 886, note 8, ligne 2 . . . . Après : « 23, 4 », ajoutez : « Cf. Fr. 5, D., *de adgnosc. liberis* 23, 3 ».




a39003 008391731b
DATE DUE
FEB FEV. 0 9 1999
02 FEV. 1999
Deliure
le 2-2-99
18 FEV. 1999
CAT. NO. 1137

